

LaNotaria

Número 1 | 2018

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada en 1858

La Base de Dades de Titularitat real: una aposta notarial de referència

Jornades Dret, Immigració i Empresa:
un fenomen complex, a debat

«Per adaptar-nos als temps, cal eliminar les barreres
administratives innecessàries»

Entrevista a Marina del Corral Téllez
SECRETÀRIA GENERAL D'IMMIGRACIÓ I EMIGRACIÓ

«Els notaris donen seguretat a les persones, que és un valor de
sempre, però avui en dia encara més»

Entrevista a Marc Simón Martínez
SOTSDIRECTOR GENERAL DE FUNDACIÓ BANCÀRIA "LA CAIXA"

TRIBUNA

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

DOCTRINA

Jurisprudència recent del TSJCAT en material de Drets
Reals i Successions
Representació de la societat. Qüestions pràctiques
La curatela en vista de la Convenció de les Nacions
Unides sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat
i el seu antecedent en la "cura furiosi"

PRÀCTICA

Una Lei per al meu amic, si us plau
La llei de modificacions estructurals de
societats mercantils en la pràctica recent
Acotacions als conceptes d'avaluabilitat i
inscripibilitat a AJD

SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

NOVEDAD



iQMEMENTO NOTARIOS LEFEBVRE

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



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



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



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



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

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN

91 210 80 00
clientes@lefebvreelderecho.com

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consell de redacció:

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

Consell editorial:

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

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

*Disseny, preimpressió i impressió
per Lefebvre-El Derecho*

ISSN: 2172-3028

D.L.: B-3461-1959

Tots els drets reservats

Les opinions expressades pels nostres
col·laboradors en aquestes pàgines són
de la seva exclusiva responsabilitat i no
coincideixen necessàriament amb la línia
editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 II·lustrat Col·legi de Notaris
de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible

www.notarisdecatalunya.org

lanotaria@catalunya.notariado.org

Nomenament d'assistent i limitació voluntària del poder de disposició

La figura de l'assistent, amb aquesta denominació o una altra i amb una finalitat equiparable, tot i les particularitats de la regulació positiva, és una institució cada cop més freqüent en la majoria de codis civils més moderns, ja sigui quan es promulguen o modifiquen (l'alemany, l'argentí, el brasiler, el català, l'holandès, l'italià, el japonès o el quebequès). La seva inclusió respon a la necessitat de comptar amb una persona (o persones) de confiança que, quan no és possible la modificació judicial de la capacitat d'obrar, es procedeixi al nomenament d'un assistent si és convenient, ja sigui per la dificultat de prendre decisions financeres, patrimonials o, sense altre, per garantir l'encert en la decisió. Així es preveu en el Codi civil català, arts. 226-1 a 226-7 CCCat, remetent-se, en allò que sigui compatible amb les normes de la tutela i, d'acord amb l'art. 226-7 CCCat, amb la necessitat d'inscriure's en el Registre Civil per ser oposable davant tercers i, a més, s'ha de constituir en seu judicial, encara que no afecta la capacitat d'obrar, ja que es parteix, i no es modifica, de la que té la persona natural que la insta, encara que sí que afecta el seu poder o facultat de disposició.

Tot i el seu reconeixement legislatiu, juntament amb la indubtable bona intenció de la seva previsió, del seu contingut i, fins i tot, de la seva conveniència, és absolutament cert el seu fracàs en la pràctica, ja sigui perquè és una institució gairebé desconeguda o, senzillament, per la forma o via que s'ha de constituir necessàriament. A aquest efecte, no s'ha de desconèixer que hom és davant una persona natural que no té modificada judicialment la seva capacitat d'obrar, cfr. art. 226-1.1 CCCat, sinó que només té reduïdes les seves facultats psíquiques o físiques, però que no la incapaciten. Tampoc no es pot desconèixer, encara que sigui una institució diferent, per la freqüència del seu atorgament i indubtable utilitat –al marge de possibles casos patològics– dels poders preventius, que per si mateixos –i amb una actuació recta de l'apoderat, que, d'altra banda, és el més habitual per ser persones de total confiança– ja poden fer innecessària l'assistència, perquè és suficient l'actuació de l'apoderat, en aquest sentit, art. 1732 últim paràgraf CC i art. 222-2 CCCat, aquí considerat dins de la tutela i no del mandat i que, a més, fa innecessària, legalment (art. 222-2.1 CCCat), la constitució de la tutela per les persones majors. Les previsions de Dret comparat, per ser figures equiparables en la seva finalitat a la del assistent, es poden trobar en els paràgrafs 1896 a 1908 BGB; art. 43 CC argentí, de 7 d'octubre de 2014 (*"Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad"*); art. 1783-A i els seus paràgrafs del CC brasiler (introduïts per la Llei n. 13.146, de 6 de juliol de 2015, que té la denominació de *"Da tomada de decisão apoiada"*); arts. 431 a 462, del Llibre 1 de CC holandès (o Títol 19 – Fiduciary administration for the protection of adults); arts. 404 i ss. CC italià (*"Amministrazione di sostegno"*); arts. 876-6 a 876-10 CC japonès o, finalment, arts. 291-294 CC quebequès (*"Du conseiller au majeur"* o *"Advisers to persons of full age"* un acte authentique).

L'assistència és, com s'acaba de veure, una institució generalitzada en altres codis moderns, però cal preguntar-se, atès l'èxit absolut del poder preventiu, si no seria convenient que, en lloc de dirimir l'assistència exclusivament en seu judicial, també pogués ser una alternativa poder-la constituir per via notarial i, de la mateixa forma, destacar la utilitat de l'autolimitació del poder de disposició, sobre la base dels fonaments de dret de la resolució de la DGDEJ, de la Generalitat de Catalunya, JUS3040/2012, de 28 de novembre, que són encertats i extrapolables, encara que sigui de forma temporal, però res no hauria d'impedir poder determinar-ne una

durada mínima –més enllà dels quatre anys o, fins i tot, vitalici, per afectar persones d'edat avançada, com també fixar un termini de reflexió –breu però suficient– previ a la revocació, tot això amb la finalitat d'evitar actes impulsius o precipitats.

La diferència bàsica, perquè el nomenament de l'assistent es pugui fer en seu notarial o donar un contingut similar al poder preventiu, rau a diferenciar entre la modificació de la capacitat d'obrar (que podrà ser exclusivament en seu judicial) o de la facultat o poder de disposició (que res no impedeix que es pugui fer en seu notarial). I, per això, el que aquí es proposa és poder configurar voluntàriament el poder de disposició, ja que sembla evident que la capacitat d'obrar, per afectar l'estat civil, s'hagi de modificar exclusivament per la via judicial encara que, en un ordenament de l'àmbit del dret comparat tan rellevant com és el francès, es postuli la contractualització garantida pel formalisme, en exigir *"un acte authentique"*.

Per a aquesta autolimitació del poder de disposició també pot servir de referència (encara que aquí ja hi hagi una previsió legal expressa) la prohibició subjectiva que estableix l'art. 6.2.b) de la Llei 13/2011, de 27 de maig, de regulació del joc, que estableix que queda prohibit *"b) Las personas que voluntariamente hubieren solicitado que les sea prohibido el acceso al juego o que lo tengan prohibido por resolución judicial firme"* que, com es pot veure, no hi ha pròpiament una autolimitació, tot i que sí que es produeix una sol·licitud que li sigui prohibit o, fins i tot, per resolució judicial ferma.

Un cop dit això, es tracta, doncs, de configurar únicament el poder de disposició, tant si afecta tot el patrimoni o únicament béns concrets que, si són immobles, ja és accessible al Registre de la Propietat; i, com que no afecta la capacitat d'obrar, sí que es pot fer davant Notari, juntament amb el fet, necessàriament, que haurà de ser una persona amb plena capacitat d'obrar; una altra qüestió diferent serà que l'edat o altres circumstàncies aconsellin –ja que no està com a pressupòsit en situació de modificar-li judicialment la capacitat d'obrar– tenir un o diversos assistents –o fins i tot un consell–perquè complementin el seu poder de disposició. Això últim ja es podia fer en una clàusula o previsió més del poder preventiu, a fi i efecte de modular les diferents fases que la persona, en la seva vellesa –que nomena l'assistent i dona el poder preventiu– pugui anar necessitant només com a mer complement o que ja sigui necessari que actuï únicament l'apoderat preventiu.

En conseqüència, i sens perjudici que siguin una o més persones, per la transcendència econòmica o personal dels actes, ja és possible modular per la via notarial allò que només afecta el poder de disposició, i és això el que fa possible que sigui davant Notari, amb les limitacions assimilables a la prohibició de disposar (cfr. RDGRN de 18 de febrer de 2016) i, per descomptat, amb la publicitat que ja tenen els poders preventius, ja que sense el coneixement de la seva existència no es podrien oposar a tercers, encara que sense inscriure'ls tampoc no es pugui desconèixer l'oponibilitat pròpia de l'escriptura pública.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- Nomenament d'assistent i limitació voluntària del poder de disposició
Àngel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- La notificació de la cessió del crèdit hipotecari de l'article 569-28.2
Josep Santdiumenge Farré 7
- El registre de titularitats reals: l'exemple espanyol
Pedro Rincón de Gregorio 15
- Sobre el Llibre VI del Codi civil de Catalunya. Contractes de mandat, sobre objecte aliè i de prestacions periòdiques. Modificacions introduïdes en altres llibres del Codi civil
Antonio Longo Martínez 26
- El control de la titularitat real de les persones jurídiques: cosa que veig, cosa que desitjo
José Alberto Marín Sánchez 33
- Immigració i igualtat de drets
Joan Carles Ollé Favaró 36



Entrevista

- "Per adaptar-nos als temps, cal eliminar les barreres administratives innecessàries"
Marina del Corral Téllez 38
- "Els notaris donen seguretat a les persones, que és un valor de sempre, però avui en dia encara més"
Marc Simón Martínez 46



Doctrina

- Jurisprudència recent del TSJCAT en matèria de Drets Reals i Successions
Maria Eugènia Alegret Burgués 53
- Representació de la societat. Questions pràctiques
Leticia Ballester Azpitarte 68
- La curatela en vista de la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat i el seu antecedent en la *cura furiosi*
Núria Coch Roura 74



Internacional

- Sentència del Tribunal de Justícia (Sala cinquena), de 7 d'agost de 2018: admet que els interessos remuneratoris subsisteixen quan es declaren abusius els moratoris, però no resol completament la cessió de crèdits hipotecaris
Àngel Serrano de Nicolás 87



Pràctica

- Una Lei per al meu amic, si us plau
Leticia Ballester Azpitarte 96
- La llei de modificacions estructurals de societats mercantils en la pràctica recent
Ricardo Cabanas Trejo 98
- Acotacions als conceptes d'avaluabilitat i inscripibilitat a AJD. Especial referència a novacions de préstecs o crèdits garantits amb hipoteca
Javier E. Satué de Velasco 109



Sentències

- Sentències del Tribunal Suprem
Redacció Lefebvre-El Derecho 118
- Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Víctor Esquirol Jiménez..... 126



Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat en recursos contra qualificacions mercantils i de la propietat
Fernando Agustín Bonaga 130
- Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez..... 182



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret 188

La notificació de la cessió del crèdit hipotecari de l'article 569-28.2



Josep Santdiumenge Farré
Professor Titular de Dret Civil
Universitat Pompeu Fabra

I. El deure de notificar la cessió d'un crèdit o préstec hipotecari al deutor

L'apartat 2 de l'article 569-28 del Codi civil va ser introduït a través de l'aprovació de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer quart i cinquè pel Parlament de Catalunya (DOGC núm. 7314 de 22.2.2017 i BOE núm. 57 de 8.3.2017). **Aquest nou apartat 2 estableix l'obligació que el deutor hipotecari i, si és el cas, el titular registral del bé hipotecat, siguin degudament notificats quan el creditor transmeti a un tercer el dret de crèdit hipotecat, sempre que la seva exigibilitat pugui repercutir en els seus béns gravats.** La regla diu el següent: "El titular d'un crèdit o préstec hipotecari que transmet el seu dret ho ha de notificar fefaentment al deutor i, si escau, al titular registral del bé hipotecat, com a pressupòsit per

a la legitimació del cessionari, i ha d'indicar el preu convingut o el valor que es dona al dret i les condicions essencials de la cessió. La renúncia del deutor a la notificació en qualsevol moment és nul·la." **Aquest deure de notificació no té efectes retroactius i només regeix per aquells crèdits o préstecs que siguin objecte de titularització o de transmissió a partir de l'entrada en vigor de la norma.** Així ho disposa la disposició transitòria setena: "La modificació de l'article 569-28 no és aplicable a les cessions de crèdits o préstecs hipotecaris que hagin tingut lloc abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei." L'article 569-28.2 ha estat dissenyat com un engranatge jurídic per protegir el deutor –que va garantir el pagament del préstec amb una hipoteca sobre un bé immoble– en aquelles operacions financeres realitzades entre el seu creditor –p.ex. entitats de crèdit– i determinats tercers –p.ex. fons voltors– en les quals el primer transmet al segon un número determinat de crèdits

o préstecs de la seva cartera. **Amb aquesta nova norma és clar que el legislador català persegueix reforçar la protecció jurídica del deutor hipotecari quan sigui un consumidor.** La nova regla posa l'accent en dos aspectes essencials: l'objecte i el subjecte protegit. Per una banda, es parteix de la idea que el crèdit o el préstec hipotecari va ser concedit per a l'adquisició d'un immoble –però no precisa que hagi de tractar-se d'un habitatge ni que aquest sigui l'habitual– i, per altra banda, que la persona mereixedora de la protecció sigui o bé el deutor hipotecari que –se suposa– és propietari de l'immoble o bé la persona que apareix com a titular registral de l'immoble que està gravat amb la hipoteca subscrita en garantia d'un crèdit o préstec aliè (és el cas de l'hipotecant no deutor que trobem sovint quan els progenitors del deutor hipotecuen el seu propi habitatge en garantia del pagament del crèdit o préstec concedit al fill).



II. L'article 569-28.2 i el recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 3/2017

El President del Govern va interposar recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 3/2017, tot i que es limitava exclusivament als articles 3 i 4 i a la disposició transitòria primera de l'article 9. Cal destacar que el recurs va ser interposat al límit del termini de tres mesos, ja que el Govern –per primera vegada– va decidir no iniciar la Comissió Bilateral de l'article 33.2 LOTC i que, precisament, té per objecte iniciar unes negociacions entre l'Advocacia de l'Estat i la Generalitat amb caràcter previ a la interposició del recurs d'inconstitucionalitat. El Tribunal Constitucional va admetre a tràmit aquest recurs i va suspendre la Llei cautelarment (BOE n. 141 de 14.6.2017), encara que poc després va acordar aixecar la suspensió (BOE n. 249 de 16.10.2017) perquè va entendre que *"cabe apreciar que el levantamiento de la suspensión pueda afectar a [la] 'seguridad preventiva', esto es, el correcto funcionamiento del sistema hipotecario español"* i que el recurs no justifica adequadament que *"los negocios celebrados al amparo de los preceptos [impugnados] pudieran ... conllevar ... perjuicios de difícil o imposible reparación para los titulares de las relaciones jurídicas creadas a su amparo"* (v. Resolució 131/2017, de 3 d'octubre, F.J. 4), fet que va permetre que la Llei impugnada entrés en vigor en la data prevista: 1 de gener de 2018. Com que el recurs d'inconstitucionalitat no feia cap referència al numeral 10 de la disposició final cinque-

na –que és la que inclou el nou apartat 2 de l'article 569-28 del Codi civil– ni a la disposició transitòria setena de l'article 9, la validesa i eficàcia d'aquest nou apartat de l'article 569-28 no quedaria supeditada al futur pronunciament del Tribunal Constitucional sobre el recurs d'inconstitucionalitat n. 2557-2017.

III. L'origen immediat de l'article 569-28.2

Aquesta norma té el seu origen en una esmena al Projecte de Llei del Llibre sisè del Codi civil presentada pel Grup parlamentari de la *Candidatura d'Unitat Popular - Crida Constituent*. Aquesta esmena va ser objecte de transacció pels altres grups parlamentaris i, segons es desprèn de l'acord adoptat en el si de la Ponència (de la Comissió Jurídica del Parlament), l'article que va ser proposat originalment en l'esmena va ser substituït per una altra regla diferent i que constitueix el precedent immediat de la norma vigent. El Grup parlamentari de la CUP-CC havia presentat l'*Esmena 117* (BOPC n. 239 de 20.10.2016, pàg. 8) que consistia en l'addició d'una subsecció novena, amb el títol "compravenda de paquets d'hipoteques titulitzades" –dins la Secció primera (contracte de compravenda) del Capítol I (contractes amb finalitat transmissora) del Títol II (títols contractuals)– que contenia el nou el nou article 621-55 bis que estableixia que: *"1. La venda d'una hipoteca en el mercat financer mitjançant titulització, tant en for-*

ma individual com agrupada per qualsevol mitjà jurídic, fa perdre a l'entitat venedora la seva condició de titular del deute i li impedeix l'exercici d'accions relatives a l'execució del contracte hipotecari. 2. L'entitat venedora de la hipoteca ha de comunicar al deutor i al titular de l'immoble la venda del contracte hipotecari en el mercat financer mitjançant titulització." Davant aquesta proposta legislativa, la Ponència de la Comissió de Justícia va sol·licitar la col·laboració de la Comissió de Codificació de Catalunya –que havia realitzat els treballs preparatoris que van donar lloc a l'esborrany de l'avantprojecte de Llei del Llibre sisè del Codi civil– perquè informés sobre si la proposta d'incloure la nova subsecció i l'article 621-55 bis que contenia l'esmena 117 s'adequava a la sistemàtica interna del contracte de compravenda tal com aquest estava regulat en el projecte de llei. La Comissió de Codificació va entendre que la proposta podia comportar una afectació del funcionament del mercat financer i, en el seu lloc, va elaborar una regla alternativa per a la hipoteca –que es troba en el llibre cinquè– que estableix, amb caràcter general, l'obligació de notificar les cessions de crèdit hipotecaris al deutor, amb la finalitat que, arribats en aquest cas, aquest pogués exercir –davant el cessionari– el dret de retracte previst en la disposició addicional de la Llei 24/2015, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge (en aquests moments suspesa cautelarment pel Tribunal Constitucional). Aquesta regla es podia incloure en l'article 569-28, relatiu a les obligacions garantides amb una hipoteca, a través de l'addició d'un segon apartat amb el contingut literal següent: *"2. El titular d'un crèdit o préstec hipotecari que transmet el seu dret ho ha de notificar fefaentment al deutor i, si és el cas, al titular registral del bé hipotecat, com a pressupòsit per a la legitimació del cessionari, i ha d'indicar el preu convingut o el valor que es dona al dret i les condicions essencials de la cessió. La renúncia del deutor a la notificació en qualsevol moment és nul·la."* La Ponència de la Comissió de Justícia del Parlament va ser seva aquesta opció i va recomanar un text transaccional amb l'esmena 117 –presentada pel grup parlamentari de la CUP-CC– que consistia en la incorporació de dues regles en el projecte de llei: per una banda, l'apartat 2 a l'article 569-28 –que gairebé coincidia literalment amb la redacció proposada per la Comissió de Codificació– i, per altra

banda, la disposició transitòria setena – que limita l'aplicació de la nova regla a les cessions de crèdits i préstecs hipotecaris realitzats a partir de l'entrada en vigor de la Llei (BOPC n. 275 de 1.12.2016, pàg. 51). Aquesta transacció parlamentària va suposar, com a contrapartida, l'eliminació de l'article 625-55 bis, relatiu a la compra-venda de paquets d'hipoteques titulitzades, que ja no s'incloua en el text definitiu del projecte de Llei del llibre sisè que va ser sotmès a l'aprovació del ple el dia 8 de febrer de 2017.

IV. La Disposició addicional de la Llei 24/2015 –suspesa pel TC– relativa al retracte del crèdit concedit pel deutor

L'article 569-28.2 només estableix el deure de notificar la cessió del crèdit hipotecari al deutor (o titular del bé garantit). Però no es fa cap referència ni a la conseqüència jurídica derivada de la seva infracció ni al possible exercici d'un dret de retracte (o redempció) per part del deutor cedit. L'exercici d'aquest dret es troba previst en la disposició addicional de la Llei 24/2015, de 29 de juliol, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica (DOGC n. 6928 de 5.8.2015 i BOE n. 216 de 9.9.2015). Aquesta Llei, que es troba suspensa provisionalment pel Tribunal Constitucional (BOE n. 134 de 3.6.2016), conté una disposició addicional (DA) segons la qual: *"En la cessió de crèdits, el creditor pot cedir el seu crèdit contra el deutor si el crèdit ha estat garantit amb l'habitatge del deutor i aquest és un consumidor. Si la cessió és a títol oneros, el deutor resta alliberat del deute abonant al cessionari el preu que aquest ha pagat més els interessos legals i les despeses que li ha causat la reclamació del deute."* El seu objecte no és cap altre que concedir una facultat o dret de "retracte" o de redempció del crèdit al deutor hipotecari davant el cessionari quan aquest hagi adquirit un crèdit la garantia del qual gravi l'habitatge del deutor. La disposició addicional sembla donar a entendre que ha d'haver-hi hagut una reclamació del pagament –judicial o extrajudicial– per part del nou creditor (el cessionari) i que el deutor no hagi pagat: per això el deutor queda alliberat del deute reemborsant les despeses que li hagi causat la reclamació del deute al cessionari, a més de la quantitat que hagi

satisfet pel crèdit cedit i una altra en concepte d'interessos.

El dret de retracte del deutor es troba regulat en l'article 1535 Cc i en la Llei 511 de la Compilació de Dret civil foral de Navarra de 1973, amb una diferència significativa entre ambdós textos legals, i és que el Codi civil exigeix que els crèdits siguin litigiosos, mentre que la compilació de Navarra no requereix –per poder instar el retracte– que els crèdits tinguin aquest caràcter.

El dret de retracte del deutor es troba regulat en l'article 1535 Cc i en la Llei 511 de la Compilació de Dret civil foral de Navarra de 1973, amb una diferència significativa entre ambdós textos legals, i és que el Codi civil exigeix que els crèdits siguin litigiosos, mentre que la compilació de Navarra no requereix –per poder instar el retracte– que els crèdits tinguin aquest caràcter, de manera que si la Llei aplicable a la relació obligatòria de la qual neix el crèdit és la compilació de Navarra, el deutor pot exercir el retracte davant el cessionari en qualsevol cas, independentment que el crèdit sigui litigiós o no. **El legislador català es va inspirar en la regla de la Llei 511 CDCFN i la va transposar –gairebé literalment– en la disposició addicional de la Llei 24/2015.** Segurament, el nostre legislador va entendre que el caràcter litigiós del crèdit podia ser un obstacle per l'exercici del dret de retracte per part del deutor i va optar per seguir la Llei navarresa que no requereix que el crèdit cedit sigui litigiós perquè el deutor pugui exercir el dret de retracte. Tot i això, la disposició addicional no ha estat ben dissenyada: **la seva finalitat sembla que és atorgar un dret de retracte al deutor en un préstec o crèdit hipotecari si el crèdit ha estat cedit a un tercer i, específicament, quan la hipoteca que garanteix el pagament recau sobre l'habitatge que és titularitat del deutor. No obstant això, una interpretació literal de la disposició addicional pot conduir a situacions tan paradoxals** que, inevitablement, revelen la incongruència i el disseny defectuós d'aquesta norma. Suposem l'aplicació de la disposició addicional en quatre supòsits diferents. En



primer lloc, un deutor que obté un crèdit per adquirir el seu habitatge (habitual) i grava aquest habitatge amb una hipoteca que garanteixi el pagament. En aquest cas, l'adquirent (deutor) és consumidor i estaria protegit per la DA. Segurament és el cas més típic. En segon lloc, un deutor obté un crèdit per adquirir un habitatge (que no és l'habitatge habitual: una segona residència) i grava l'habitatge adquirit amb una hipoteca. En aquest cas, l'adquirent (deutor) també és un consumidor i també quedaria protegit per la DA perquè la norma no estableix que l'habitatge gravat amb la hipoteca hagi de ser, necessàriament, la residència habitual, de manera que la protecció també seria extensible a aquest segon habitatge (o... al dotzè). En tercer lloc, un deutor obté un préstec per adquirir un iot i grava el seu habitatge (habitual) amb una hipoteca per garantir el pagament del deute. L'adquirent (deutor) és consumidor –encara que no sigui el tipus de consumidor de la DA– i, en aquest cas, també quedaria protegit per la DA perquè l'habitatge gravat amb la hipoteca és la seva residència habitual. En quart lloc, un deutor obté un préstec per adquirir un habitatge, però són els seus progenitors els qui graven el seu habitatge (habitual) amb una hipoteca en garantia del pagament del deute del fill (és el cas de l'hipotecant no deutor). En aquests cas, l'adquirent (deutor) és un consumidor i els seus pares mereixerien que, en virtut d'aquesta condició, la protecció els fos extensible, però en aquesta situa-



ció no seria possible exercir el pagament alliberador davant el cessionari perquè la norma exigeix que el crèdit estigui garantit amb “l’habitatge del deutor”, fet que exclouria l’habitatge dels progenitors, que actuen en la condició d’hipotecants no deutors. En conclusió, és evident que el *target* no està ben definit en la DA i que la norma hauria d’haver especificat que el deutor utilitzi el crèdit hipotecari per a l’adquisició del seu habitatge habitual –d’aquí es desprèn la seva condició de consumidor– i, si és el cas, també hauria d’haver previst si el deutor hauria de disposar –o no– d’aquest dret de retracte quan el préstec obtingut fos destinat a una altra finalitat diferent de l’adquisició de l’habitatge habitual, tot i que la hipoteca gravi aquest habitatge o un altre (diferent de l’habitual) que sigui titularitat seva o, finalment, quan l’habitatge gravat amb la hipoteca sigui de titularitat d’altres persones d’un àmbit familiar delimitat del deutor. **En aquests moments, l’eficàcia d’aquesta DA es troba pendent de decisió del Tribunal Constitucional, que va acordar la suspensió temporal de la vigència de la Llei 24/2015.** En qualsevol cas, si hi ha una disposició legal que atorga un dret de retracte al deutor en el cas de cessió d’un crèdit o préstec hipotecari; entenc que primer s’ha d’esbrinar quina és la llei civil aplicable a la relació jurídica obligacional de la qual neix el crèdit. Si, segons el cas que es tracti, la Llei catalana és la que és aplicable a la relació jurídica de la qual neix el crèdit, llavors seria pro-

cedent que el deutor cedit pogués exercir el dret de retracte o *redempció* del crèdit davant el cessionari reemborsant l’import que aquest hagi pagat, més una altra quantitat pels costos de la reclamació i, si és el cas, els interessos legals.

La crisi econòmica iniciada l’any 2008 va posar en perill la solvència del sistema bancari espanyol derivat, principalment el risc de depreciació del valor de les garanties hipotecàries –els immobles– que eren titularitat dels bancs i les caixes d’estalvi pels préstecs que havien concedit a promotors i particulars durant els anys pròspers en els quals es va produir el gran desenvolupament immobiliari en aquest país, sense avaluar adequadament el risc d’insolvència.

V. El marc normatiu per operar la transmissió de crèdits

La crisi econòmica iniciada l’any 2008 va posar en perill la solvència del sistema bancari espanyol derivat, principalment el risc de depreciació del valor de les garanties hipotecàries –els immobles– que eren titularitat dels bancs i les caixes d’estalvi pels préstecs que havien concedit a promotors i particulars durant els anys pròspers en els quals es va produir el gran desenvolupament immobiliari en aquest país, sense avaluar adequadament el risc d’insolvència. El sector bancari es va trobar en la tessitura d’haver de finançar-se en el mercat internacional de capitals mitjançant la venda dels seus actius tòxics –especialment hipoteques, però també habitatges procedents d’execucions hipotecàries– i l’alienació dels seus paquets accionaris en societats immobiliàries. **Un dels mecanismes jurídics utilitzats per sanejar els balanços d’aquestes entitats ha estat recórrer a la cessió de crèdits i de participacions hipotecàries –o de certificats de transmissió hipotecària– a favor de fons de titulització,** que preveu l’article 15 de la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari i, posteriorment, la Llei 5/2015, de 27 d’abril, de foment del fi-

nançament empresarial, que facilita la incorporació de fons de titulització, tant de les participacions hipotecàries com dels certificats de transmissió d’hipoteca que hi ha en l’actiu del cedent (article 16.1.a). Per una banda, aquest marc jurídic ha permès a les entitats de crèdit treure els crèdits de cobrament dubtós del seu balanç per complir la normativa europea i, d’altra banda, transmetre aquests crèdits a fons de titulització amb l’objectiu de crear nous productes per a la inversió minorista.

El mecanisme per la transmissió dels crèdits està regulat, amb caràcter general, en els articles 1112 i 1526 i ss del Codi civil, tot i que hi ha altres regles específiques en el cas de crèdits hipotecaris (art. 1878 CC i 149 i ss LH) i per crèdits mercantils no endossables ni al portador (art. 347 i 348 CCO). La cessió de crèdits és el mecanisme típic de transmissió de drets i obligacions i, tot i que està regulat en la compravenda –perquè aquest és el contracte que habitualment s’utilitza–, aquesta transmissió es pot produir per altres vies, cas en què el negoci escollit per les parts (p.ex. en la cessió per causa de donació i en la cessió en garantia) s’haurà d’ajustar a les exigències de forma que legalment siguin exigibles. La cessió de crèdits a França és una modalitat de la compravenda, a Itàlia és un tipus de contracte i als Països Baixos la cessió està ubicada en l’àmbit dels drets reals. Catalunya encara no disposa d’una regulació civil pròpia de la cessió de crèdits, tot i que no podem oblidar que l’esmena 117 –abans citada– pretenia la inclusió en el llibre sisè del Codi civil d’una subsecció novena, en seu de la compravenda, amb el títol “compravenda de paquets d’hipoteques titulitzades” i que l’article 569-28.2 estableix una regla específica que imposa al cedent el deure de notificar al deutor la cessió d’un crèdit o préstec que estigui garantit amb una hipoteca. Sobre la qüestió competencial per legislar en aquest àmbit és significatiu que el Dictamen 404/2017 del Consell d’Estat, de 18 de maig de 2017, no trobés cap obstacle en la competència legislativa catalana per establir un deure de notificar la cessió del crèdit hipotecari al deutor i que el recurs d’inconstitucionalitat contra la Llei 3/2017, que van preparar els Advocats de l’Estat del Ministeri de la Presidència i per les Administracions Territorials, no fes cap al·legació al article 569-28.2. a més, la posició del Consell d’Estat és veritablement reveladora: “[s]upuesta la competencia de la Generalitat



de Catalunya para dictar una legislación propia en materia de derecho de hipoteca –legislación actualmente contenida en los artículos 569-27 y ss. del Código civil de Cataluña–, resulta forzoso aceptar, de conformidad con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del derecho foral, la posibilidad de ampliar dicha normativa mediante la regulación de nuevos derechos u obligaciones de las partes (...) A través del nuevo art. 529-28.2, la Ley 3/2017 actualiza el régimen jurídico de la hipoteca, imponiendo una determinada obligación a una de las partes en un supuesto concreto –el de la cesión de créditos hipotecarios–, obligación ésta que no entra en conflicto, por razón de su contenido, con ninguna norma estatal que, por encontrarse amparada en alguna competencia exclusiva, deba ser observada en todo el territorio del Estado” (fonament VII). **A Catalunya, la cessió de crèdits hipotecaris presenta dues regles especials: d’una banda, el deure del cedent de notificar al titular del bé immoble la cessió del crèdit hipotecari i, d’altra banda, el dret del deutor a exercir el retracte davant el cessionari quan el creditor hagi cedit el crèdit –litigiós o no– a un tercer i quan la garantia hipotecària d’aquest crèdit sigui l’habitatge del deutor** (hem de recordar que la norma que reconeix aquest dret –la DA de la Llei 24/2015– ha estat impugnada i es troba suspesa pel TC). No és l’única Comunitat Autònoma on hi ha regles jurídiques específiques per a la cessió de crèdits: a Navarra, com s’ha indicat, la cessió de crèdits i la regulació del retracte del deutor es troben regulades –des de fa més de 45 anys– en la Llei 511 CDCFN i, recentment, Extremadura, que com que no disposa de competències legislatives en matèria civil, ha inclòs l’article 12 bis en l’Estatut dels Consumidors, que estableix un nou dret d’informació sobre la titulització de préstecs hipotecaris i la seva infracció constitueix una infracció administrativa molt greu (Llei 4/2018, de 21 de febrer, BOE n. 61 de 10.3.2018).

VI. Problemes que planteja el deure de notificació al deutor per a l’eficàcia de les cessions de crèdits hipotecaris

El nou apartat 2 de l’article 569-28 dona lloc a **quatre tipus de problemes** que detalllem a continuació. **En primer lloc**, la qüestió de suscita el deure de notificar la cessió del crèdit al titular del bé hipotecat, segons



el que estableix el Codi civil, quan sigui un immoble situat a Catalunya. **En segon lloc**, la qüestió de la protecció jurídica del consumidor quan el cedent (*entitat financera*) hagi transmès el crèdit a un cessionari (fons d’inversió) sense notificar al deutor (*consumidor*) la cessió d’aquest crèdit, a l’efecte que el deutor cedit pugui redimir el crèdit mitjançant el pagament al cessionari previst per la Llei i, particularment, si la manca d’aquesta notificació pot ser considerada –o no– com una pràctica abusiva de les entitats financeres. **En tercer lloc**, la qüestió de si el deure de notificar la cessió establert en l’article 569-28.2 afecta –o no– les cessions de crèdits hipotecaris realitzades conforme a altres lleis anteriors (articles 1526 i ss i legislació mercantil) i les qüestions de dret interregional i de norma de conflicte aplicable que això comporta. **A l’últim**, també s’ha de destacar la qüestió de la naturalesa processal que planteja la legitimació activa del cedent (*entitat financera*) a l’efecte de reclamació dels crèdits, un cop aquests hagin estat titulitzats i cedits a un cessionari (*fons d’inversió*). L’Audiència Provincial de Barcelona s’ha enfrontat a la qüestió de la legitimació activa en processos judicials sobre participacions hipotecàries aportades a fons de titulació mitjançant l’Acord d’unificació de criteris de les seccions civils, de 15 de juliol de 2016, en virtut del qual la legitimació correspon al creditor hipotecari que consti en el Registre de la Propietat, sens perjudici que el fons titular de la participació (el partícip) pugui instar l’acció –o la seva continuació– per subrogació davant

de la passivitat del creditor (el banc emissor de la participació hipotecària). No obstant això, aquesta és una qüestió de naturalesa processal que ara no entrarem a analitzar.

1. La notificació de la cessió en el Codi civil. És evident que el nou article 569-28.2 posa de manifest l’especial interès del legislador català a protegir el deutor els crèdits o préstecs del qual estiguin garantits mitjançant una hipoteca sobre el seu habitatge. Es tracta d’una decisió de política legislativa que és legítima i, per això mateix, no hi ha res a dir. No obstant això, **la idea d’incloure un deure de notificació en el Codi civil –o en un codi de consum– no em sembla la més encertada, per molt lloable que sigui la finalitat del legislador d’atorgar més protecció jurídica al deutor-consumidor**, perquè aquesta notificació no funciona bé quan l’objecte de la compravenda dels drets de crèdit és una operació de cessió global que potser inclou centenars o milers de préstecs hipotecaris i tampoc quan una cartera de crèdits i de participacions hipotecàries –o de certificats de transmissió hipotecària– sigui incorporada a fons de titulització. De fet, aquest deure de notificació tampoc no és ni a la Proposta d’avantprojecte de Llei de modernització del dret d’obligacions i contractes (2009) ni al Projecte d’un Marc Comú de Referència per al dret privat europeu (2008).

Possiblement, en lloc d’incloure els drets del deutor a ser informat de la cessió del crèdit hipotecari en el Codi civil ja exercir el retracte del crèdit cedit en una llei de



protecció dels consumidors hauria estat més adequat i menys distorsionador que el legislador hagués optat per preveure aquests drets com supòsits especials de salvaguarda dels deutors cedits –i titulars dels habitatges que garanteixen el pagament del crèdit o préstec– en les mateixes lleis mercantils que regulen tant la transmissió d'aquests crèdits entre entitats financeres com la incorporació aquests crèdits i participacions als fons de titulització. Per això, n'hi hauria prou d'indicar que el deutor hipotecari –o el titular registral del bé, si fos un altre– quedaria protegit sempre que el bé sobre el qual recau la garantia constitueixi el seu habitatge habitual i quan la proporció del descompte practicat sobre l'import dels crèdits i préstecs, que en el seu conjunt són objecte de transmissió, superin els termes o els percentatges establerts per la mateixa llei. Amb un propòsit semblant, però a un altre nivell, alguns països veïns han aprovat lleis per tal de regular l'acció dels fons voltor (a França, la Loi Sapin 2, de 2016; a Bèlgica, la Llei relativa a la lluita contra els fons voltor, de 12 de juliol a 2015; al Regne Unit, la Debt Relief Act, de 2010). Amb tot, no contenen disposicions legals dissenyades per salvaguardar la posició dels deutors-consumidors els crèdits dels quals han estat cedits a aquests fons, sinó normes reguladores de l'adquisició de préstecs o deutes d'un Estat per part de fons voltor amb l'objecte de limitar els drets del nou creditor davant l'Estat deutor, de manera que aquest Estat pugui redimir el dit préstec o deute pel

mateix preu que el fons voltor va pagar per ells. És evident que, en l'àmbit del Dret civil, el dret de retracte apareix configurat com un mecanisme de protecció del deutor cedit, però fins avui els codis civils que el preveuen l'han limitat exclusivament al supòsit en què els crèdits tenen caràcter litigiós.

És evident que el nou article 569-28.2 posa de manifest l'especial interès del legislador català a protegir el deutor els crèdits o préstecs del qual estiguin garantits mitjançant una hipoteca sobre el seu habitatge.

2. L'absència de notificació com a pràctica abusiva que perjudica el consumidor. La qüestió de si la manca de notificació de la cessió del crèdit o préstec al deutor cedit és assimilable a una pràctica bancària abusiva ha sorgit recentment en diversos jutjats de Barcelona. L'article 82.1 TRLGDCU estableix que una clàusula és abusiva si "en contra de les exigències de la bona fe causin un desequilibri important en perjudici del consumidor i usuari en els drets i les obligacions de les parts que derivin del contracte", però no es podrà inferir el tal desequilibri quan les conseqüències que derivin d'un contracte siguin el resultat de l'aplicació mateixa de la llei que no imposa deures específics d'una part

davant l'altra ni tampoc quan les parts no hagin pactat aquest deure de notificar la cessió en el moment de contractar el crèdit o préstec hipotecari. La qüestió s'ha plantejat amb ocasió de la petició de decisió prejudicial presentada pel Jutjat de Primera Instància n. 38 de Barcelona (Assumpte *Banco de Santander c. Mercedes Godoy Bonet i Mahamadou Demba*, C-96/16, DOUE de 25.4.2016). Hem d'anticipar que, en aquest cas, el contracte de préstec té caràcter personal –no hi ha garantia hipotecària– i que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea encara no ha resolt l'assumpte, però els arguments establerts per l'advocat general, Sr. Nils Wahl, en les seves conclusions seran objecte de consideració. Aquest es pregunta si ha de considerar compatible amb el dret de la Unió Europea "la pràctica de un profesional consistente en ceder o comprar un crédito que ostenta frente a un consumidor, sin que se prevea en el contrato de préstamo celebrado con ese consumidor la posibilidad de tal cesión, sin que éste sea previamente informado de esa cesión o sin que la consienta y sin darle la posibilidad de recomprar su deuda, extinguiéndola en consecuencia, abonando al cesionario el importe que éste pagó por la cesión mas los gastos accesorios aplicables", però conclou que "la cesión de crédito controvertida ... no modifica en absoluto el contenido y el alcance de las obligaciones del deudor consumidor" i que la pràctica de la cessió de crèdits no s'oposa a la Directiva 93/13/CEE sobre clàusules abusives en els contractes celebrats entre consumidors (DOCE de 21.4.1993). Segons l'opinió de l'Advocat General, la cessió del crèdit produiria un "efecte neutre" en el deutor i assenyalava, de forma molt il·lustrativa, que "[e]l hecho, mencionado por el órgano jurisdiccional remitente, de que la cesión se haya hecho a favor de un fondo buitre, que actúa con fines especulativos, por un precio muy inferior, o incluso irrisorio, respecto del importe del crédito inicial carece de incidencia sobre la propia naturaleza de la obligación contractual que recae sobre el consumidor" (v. Els paràgrafs 39, 46 i 47 de les conclusions de l'advocat general Sr. Nils Wahl, presentades el 22 de març de 2018, a ECLI: EU: C: 2018: 2016). **En la meua opinió, no posar la cessió del crèdit hipotecari en coneixement del deutor no hauria de ser considerat una pràctica comercial abusiva.** Els articles 1526 i següents del Codi civil no contenen una regla que estableixi expressament



un deure de notificació al deutor com a conseqüència de la cessió del crèdit i l'article 347 CCO, que sí que preveu aquesta notificació, ha estat interpretada per la doctrina en el sentit que la seva falta únicament té el efecte que el deutor es pugui alliberar de l'obligació pagant al cedent. Però en l'àmbit dels contractes subscrits a l'empara del Codi civil de Catalunya ens trobarem que hi ha, en l'article 569-8.2, un deure explícit de comunicar al deutor la cessió del préstec o crèdit hipotecari, amb la qual cosa l'omissió d'aquest deure sí que tindria conseqüències, encara que no com per determinar la ineficàcia de la transmissió realitzada –l'article esmentat no assenyalava cap conseqüència derivada de la seva vulneració– però sí que la tindrà quan, més endavant, el deutor pugui exercir el dret de retracte previst en la DA de la Llei 24/2015 (cosa que succeiria en el cas que aquesta arribés a ser declarada constitucional pel TC o si el Govern acordés retirar el recurs d'inconstitucionalitat i s'aixequés la suspensió actual). S'ha de tenir en compte d'altra banda que el Codi civil regula, en l'article 621-2.1, la compravenda de consum, amb el que això suposa per al comprador a l'efecte de la protecció jurídica que li correspongui en la seva condició de consumidor.

3. Conflicte de lleis i dret interregional.

La qüestió de la norma jurídica aplicable s'ha de resoldre d'acord amb el que estableix l'article 10.5 CC per als conflictes de dret interregional i en els articles 3 i 14 del Reglament Roma I (n. 593/2008) sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (DOCE de 4.7.2008) pel que fa als conflictes de lleis que puguin sorgir en l'àmbit del dret internacional privat. L'article 10.5 CC estableix que en les obligacions contractuals s'aplicarà "la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate" i, si no n'hi ha, s'aplicarà «la ley nacional común de las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato» i, afegeix, l'apartat segon, que quan es tracti de contractes relatius a béns immobles i no consti la submissió expressa de les parts regirà "la ley del lugar donde estén sitos". I, en la mateixa línia, l'article 3 del Reglament estableix que el contracte es regirà -en tot o en part per la llei triada per les parts, quan així ho hagin expressat o quan resulti de forma inequívoca dels termes emprats o de les



circumstàncies del cas. Però s'ha de fer èmfasi que el Reglament Roma I conté, a més, una norma específica relativa a la cessió de crèdits, l'article 14, que diu que "1. Las relaciones entre el cedente y el cesionario, o entre el subrogante y el subrogado de un derecho contra otra persona («el deudor») se regirán por la ley que, en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue. 2. La ley que rija el crédito objeto de cesión o subrogación determinará su transmisibilidad, las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión o subrogación al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor". Aquest article posa clarament de manifest que la cessió de crèdits pot generar relacions obligacionals a dos nivells diferents i que es pot aplicar a cada nivell una llei diferent: una llei és la que correspon al contracte de cessió i una altra llei és la que correspon al crèdit que és objecte de cessió. En altres paraules, l'article 14 permet distingir, d'una banda, la llei pròpia del contracte subjacent (això és, la llei per la qual es regeix l'objecte de la cessió: el crèdit cedit) i, d'altra banda, la llei que regula la transmissió de la cessió (això és, el contracte de compravenda o el tipus de negoci transmissiu que les parts hagin acordat). No obstant això, en l'article 10.5 CC no s'aprecia aquesta distinció entre normes civils de diferent nivell –la llei del crèdit que és objecte de cessió (primer nivell) i la llei del negoci transmissiu (segon nivell)– que contribuiria a resoldre quina és la llei aplicable quan sorgeixin conflictes de dret interregional derivats de la co-

existència denormes civils diverses dins un estat plurilegislatiu en el qual cal establir –tant en la constitució com en l'execució dels diferents tipus negocials– requisits i conseqüències jurídiques diferents.

La qüestió de la norma jurídica aplicable s'ha de resoldre d'acord amb el que estableix l'article 10.5 CC per als conflictes de dret interregional i en els articles 3 i 14 del Reglament Roma I (n. 593/2008) sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (DOCE de 4.7.2008) pel que fa als conflictes de lleis que puguin sorgir en l'àmbit del dret internacional privat.

A la pràctica habitual dels negocis, les operacions de transmissió de crèdits i altres actius financers es trobaven en general subjectes a normes civils –CC– o mercantils –CCO, LMV o Llei 24/2015– (segon nivell), encara que també és possible que les parts les subjectin a un dret estranger. A més, amb l'entrada en vigor del llibre sisè, la transmissió de drets de crèdits es podrà realitzar amb subjecció a les regles del contracte de compravenda previstes en el Codi Civil de Catalunya, si bé la seva eficàcia estaria supeditada al fet que el Tribunal Constitucional no declarés inconstitucionals aquestes normes. En el cas concret de la cessió de

drets de crèdit hipotecaris, que és objecte d'aquest breu comentari, no hem d'oblidar que hi ha dos contractes diferents als quals es poden aplicar dues regulacions diverses. Ens preguntarem si la norma que estableix un nou deure al cedent es correspon amb el primer nivell o amb el segon. En el cas de l'article 569-28.2 el deure consisteix en la notificació de la cessió a qui sigui el titular del bé hipotecat –el deutor o el titular registral– indicant-li el preu convingut o el valor que es dona al dret i les condicions essencials de la cessió. En el primer nivell se situa la relació jurídica entre el banc (creditor) i el consumidor (deutor) derivada d'un contracte de préstec garantit amb una hipoteca sobre un bé immoble. En un segon nivell es troba la relació jurídica entre el banc (cedent) i el fons d'inversió o de titulació (cessionari) derivada d'un contracte –generalment de compravenda– que té per objecte la transmissió d'un conjunt de drets de crèdits amb garantia hipotecària que pertanyen al primer en la seva condició de creditor. Per tant, si la llei per la qual es regeix el crèdit que és objecte de cessió (primer nivell) preveu el deure de notificar, el creditor (cedent) estarà obligat a posar en coneixement del deutor la cessió del crèdit i les condicions en les quals s'ha produït la seva transmissió. I si la llei en la qual està fonamentada el crèdit (primer nivell) no preveu aquesta exigència de notificació –ni existia pacte exprésde les parts sobre això–l'eficàcia del contracte pel qual es vehicula la cessió –la compravenda o un altre tipus de negoci– (segon nivell) no estarà

de cap manera supeditada al compliment d'aquest deure.

Si prenem en consideració que a Catalunya la notificació de la cessió es configura com un pas previ a l'exercici eventual del dret de retracte (o redempció) pel deutor hipotecari (o el titular registral del bé hipotecat), el cert és que aquest nou deure de notificació afectarà molt especialment aquelles entitats de crèdit que, com a conseqüència de la crisi econòmica, decideixin titultzar o vendre tota o una part de la seva cartera de crèdits hipotecaris a grans fons d'inversió.

4. Valoració final. Si prenem en consideració que a Catalunya la notificació de la cessió es configura com un pas previ a l'exercici eventual del dret de retracte (o redempció) pel deutor hipotecari (o el titular registral del bé hipotecat), el cert és que aquest nou deure de notificació afectarà molt especialment aquelles entitats de crèdit que, com a conseqüència de la crisi econòmica, decideixin titultzar o vendre tota o una part de la seva cartera de crèdits hipotecaris a grans fons d'inversió. Les entitats de crèdit poden haver adoptat aquesta decisió tant per estalviar-se els costos –econòmics o de

reputació– derivats d'haver de fer front a processos d'execució dels crèdits hipotecaris de cobrament dubtós, com per no haver de fer provisions pels immobles que constin en els seus balanços. Sens dubte, l'existència de disposicions legals com l'article 569-28.2 i la disposició addicional de la Llei 24/2015 desincentivaran les adquisicions de préstecs i crèdits hipotecaris de les entitats bancàries per part dels fons d'inversió internacionals quan estiguin garantits per béns immobles situats al territori català, llevat que les entitats de crèdit, en previsió d'una futura cessió d'una cartera de crèdits hipotecaris, adoptin determinades precaucions contractuals –com la submissió expressa de les parts a una llei determinada– en el moment de la celebració del contracte de préstec el pagament del qual garanteixi amb una hipoteca sobre l'habitatge del deutor (o d'un tercer).

Davant aquesta situació, l'adequació de les normes de conflicte del dret interregional contingudes en el Codi Civil espanyol es fa inajornable. Es tracta d'una reforma que correspon a les Corts Generals. Altrament, amb els ressorts dels quals disposem actualment difícilment es pot garantir la seguretat jurídica que deriva de l'aplicació correcta de les diverses normes civils pels operadors econòmics i pels tribunals de justícia en un estat plurilegislatiu com és el nostre, especialment des de la vigència dels drets i les garanties reals i dels nous tipus contractuals que es troben regulats en el Codi Civil de Catalunya.

El registre de titularitats reals: l'exemple espanyol



Pedro Rincón de Gregorio
Notari d'Almenar (Lleida)

I. INTRODUCCIÓ

En els últims mesos ha adquirit protagonisme un instrument que, normalment, ha passat inadvertit en el dia a dia dels despatxos notariaus. Un tràmit notarial intern que, tot i no ser retribuït, afegeix una responsabilitat nova al Notari que, potser per desconeixement, no ha estat ben entesa en molts despatxos. Ens referim, com no podia ser d'una altra manera, a la **Base de Dades de Titularitat Real, creada per acord del Consell General del Notariat de 24 de març de 2012**.

Aquest protagonisme merescut d'aquesta base de dades és una conseqüència necessària de la seva extraordinària importància. Ens trobem davant d'una creació, filla del Notariat espanyol, que **no té precedents a la resta del món i que ha estat lloada en diversos fòrums i organismes internacionals**. Una creació

laboriosa, costosa i, en molts casos, erròniament criticada.

Criticada perquè, potser, no ens hem adonat del que teníem fins que, per interessos corporatius d'altres ens, hem pres consciència del que aquest instrument aporta al sistema de prevenció de blanqueig de capitals i, per tant, al Notariat espanyol.

Efectivament, la Base de Dades de Titularitat Registral ha estat objecte de crítiques immerescudes i interessades per part del Col·legi de Registradors.

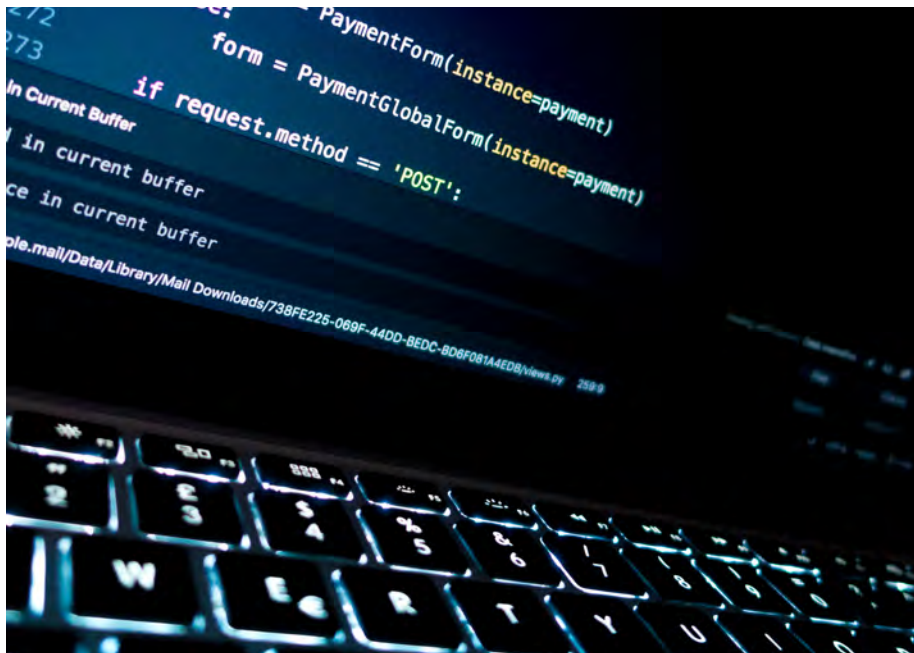
Immerescudes perquè han buscat desprestigiar aquest veritable registre públic sobre la base d'arguments que no suporten una anàlisi rigorosa de la normativa i pràctica de la matèria. Frequentment han estat crítiques poc fonamentades, de titular fàcil, que no han buscat empara en els textos legals o en la pràctica mercantil espanyola. Crítiques, en alguns casos, que demostren

un cert desconeixement sobre en què consisteix la prevenció del blanqueig i el que el Notariat aporta.

Crítiques que, a més, han estat interessades perquè la seva finalitat no és cap altra que beneficiar un cos professional mitjançant l'ampliació dels fets minutables sense demostrar, amb un mínim rigor, que això pugui beneficiar el sistema espanyol de prevenció de blanqueig de capitals que actualment és molt eficaç.

El nostre estudi pretén ser pràctic. Per això, passarà per sobre de la defensa dels interessos corporatius del Notariat, encara que serà just fer-ne menció quan convingui. **Més aviat ens centrarem en la normativa que recolza el sistema espanyol vigent i en la pràctica notarial que el desenvolupa.**

Per això, en primer lloc faré referència a la normativa comunitària, que és el principi



pi de tot en aquesta matèria. A continuació faré referència a la normativa espanyola, amb les seves anades i vingudes i excessos normatius. Finalment, estudiarem l'encaix privilegiat que té la Base de Dades de Titularitat Real en el nostre sistema. Posició que entenem que la fa insubstituïble i la idea d'amargar-la, temerària.

II. NORMATIVA EUROPEA

Com ja s'ha apuntat, la normativa comunitària va ser la primera que, en primer lloc, es va ocupar d'aquestes qüestions i necessàriament per aquí hem de començar. Va introduir la qüestió del blanqueig de capitals en la **Directiva 91/308/CEE**, encara que, fonamentalment, es referia al tràfic d'estupefaents i adreçada exclusivament al sector financer. L'impuls definitiu en la matèria, i que dura fins a l'actualitat, es va produir al juny de 2003. En aquesta data, el Grup d'Acció Financera Internacional (GAFI) va revisar les seves Recomanacions per incloure el finançament del terrorisme i va introduir requisits més detallats sobre la identificació i la verificació de la identitat dels clients i en les situacions que l'existència d'un risc major de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme pot justificar unes mesures més estrictes, així com aquelles altres de menor risc que poden justificar controls menys rigorosos. Aquests canvis es van reflectir en la **Directiva 2005/60/CE del Parlament Europeu i del Consell i en la Directiva 2006/70/CE de la Comissió**.

Les Directives citades de 2005 i 2006 **van ser derogades per la vigent Directiva (UE) 2015/849 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 2015, relativa a la prevenció de la utilització del sistema financer per al blanqueig de capitals o el finançament del terrorisme**. Aquesta Directiva, anomenada quarta Directiva sobre blanqueig (en endavant CDA), se centra en les experiències nacionals i té molt en compte els instruments d'altres organismes internacionals que s'ocupen de la lluita contra el blanqueig de capitals i el finançament del terrorisme. Especialment, se centra en les Normes internacionals sobre la lluita contra el blanqueig de capitals i el finançament del terrorisme i la proliferació adoptades per la GAFI, al febrer de 2012 («Recomanacions revisades del GAFI»).

Aquesta evolució acaba amb una tímida reforma d'aquesta CDA, i que va ser aprovada pel Parlament Europeu el 19 d'abril d'aquest any.

Aquesta evolució acaba amb una tímida reforma d'aquesta CDA, i que va ser aprovada pel Parlament Europeu el 19 d'abril d'aquest any. Aquesta nova Directiva, que modifica alguns aspectes de la Quarta Directiva, s'inclourà en aquest estudi i s'adverteix que els seus textos reforcen la posició que el Notariat Espanyol manté en aquesta matèria.

Aquesta normativa europea antiblanqueig es completa, com veurem després, amb la corresponent sobre la interconnexió dels registres mercantils o de societats, que es regula en la **Directiva 2012/17, que modifica, entre d'altres, la Directiva 2009/101**, i que, juntament amb altres de menys transcendents, ha estat refosa en una **Directiva única, la 2017/1132 de 14 de juny de 2017, sobre determinats aspectes del Dret de societats (versió codificada)**. Concretament, la interconnexió dels registres mercantils es regula en els articles 22, 23, 24 i 25. A més, el **Reglament europeu 2015/884** desenvolupa aspectes tècnics de la Interconnexió de registres mercantils.

II.1 L'ARTICLE 30.3 DE LA DIRECTIVA 2015/849

La clau de volta de tot el sistema europeu del registre de titularitat real és l'article 30.3 CDA, complimentat pel 30.10 CDA, al qual ens referirem posteriorment. La seva anàlisi és necessària, no només pel seu paper central i preeminent, sinó perquè ha estat utilitzada erròniament per defensar que una base de dades notarial no compleix els requisits d'aquest article.

L'apartat 3 d'aquest article estableix:

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

Per ser rigorosos amb la interpretació de la norma, no només hem d'analitzar la literalitat, sinó també posar-la en relació amb altres aspectes de la Directiva i connectar-la amb els seus antecedents legislatius i amb la realitat europea. Vegem-ho.

La pura interpretació literal no planteja dubtes sobre el fet que la Base de Dades de Titularitat Real té un encaix perfecte en el text de la norma, ja que la locució adverbial “por ejemplo” va seguida d'un “registro

mercantil o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE...", i també diu, com a alternativa, prèvia conjunció adversativa "o un registro público". És a dir, el legislador comunitari permet als Estats membres escollir el sistema, i hauran de notificar a la Comissió les característiques del mecanisme adoptat.

Aquesta conclusió literal hauria de ser suficient per posar fi a l'argument, ja apuntat, que la CDA no admet cap altre registre que no sigui el mercantil. No obstant això, tot i que és suficient, es fonamenta en una sèrie d'argumentacions que resulten del test de la mateixa Directiva. Aquestes idees esgoten l'incomprensible recurs a la semàntica sostingut per alguns, que defensen que la Directiva es refereix a registres i no a bases de dades. Vegem-ho.

Prèviament, s'ha de recordar que no es pot explicar la Directiva 2015/849, sense tenir molt presents els seus principis inspiradors, expressats en els considerants previs. Aquests considerants, que no tenen un valor vinculant directe, sí que ofereixen "*indicaciones sobre la intención del legislador y sobre el sentido que hay que atribuir a sus disposiciones*", sense que sigui vàlida una interpretació "*en un sentido manifestamente contrario a su tenor literal*" (entre molts altres, assumpte DEUTSCHES MILCH-KONTOR, C-136/04). En fi, ofereixen, a més, una interpretació autèntica, i a vegades, teleològica de la norma.

Doncs bé, el considerant 14 és el primer que incideix en la idea de referir-se a una "*base central de datos*" com a tertium genus "*que reúna información sobre la titularidad real, o bien el registro de empresas u otro registro central. Los Estados miembros deben poder decidir que la cumplimiento de este registro sea responsabilidad de las entidades obligadas*". Aquest considerant, a més d'incidir en la mateixa idea abans apuntada, afegeix dos elements nous i interessants.

El primer és que s'equipara l'esmentat "*registro central*" amb una "*base central de datos*". Aquesta "*base de datos*" s'explica millor en el considerant 17, que parla de comunicar "*a un registro central (o a una base central de datos)*".

El segon element, que és importantíssim, és que deixa la seva gestió en mans de les "*entidades obligadas*". Certament, i sens perjudici de consideracions posteriors, els



Registradors subjectes (o entitats) obligats en la Directiva comunitària (Article 2.1), com sí que ho són els Notaris. Aquesta idea no és intrascendent i hi tornarem posteriorment.

Un cop analitzada la literalitat, a continuació ens referim als **antecedents** que han influït en la lletra i en el canvi de l'ànim del legislador: fonamentalment dos, connectats entre sí. El primer és l'opinió, via recomanacions, del Grup d'Acció Financera Internacional (GAFI), que és té com a referència i model a seguir pel legislador europeu (així, per tots, considerant 4 CDA). Doncs bé, en l'informe espanyol de prevenció de blanqueig de capitals, emès el maig de 2014, el GAFI va destacar la importància, l'esforç i la utilitat de la Base de Dades de Titularitat Real a càrrec de l'Òrgan Centralitzat per a la prevenció del Blanqueig del Consell General del Notariat, i va dir (punt 7.31) que "*La información sobre la titularidad real de las sociedades españolas está a disposición de las autoridades competentes con facilidad y rapidez a través del Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado. Esta es una característica muy positiva del sistema español, y las medidas adoptadas para gestionar y permitir el acceso a la información constituyen un ejemplo de buenas prácticas para otros países*". L'informe diu que les autoritats "*utilizan con frecuencia la información contenida en la base de datos del Índice Único Informatizado en el transcurso de las investigaciones de BC/FT, y expresaron su satisfacción por la calidad, exhaustividad y facilidad de acceso a la base de datos*".

I és aquest registre espanyol, la base de dades notarial, l'antecedent que també ha tingut en compte el legislador comunitari. I ho creiem perquè en el moment d'elaborar-se la Quarta Directiva a Europa no hi havia cap altre registre de titularitats reals que l'espanyol, anomenat base de dades. D'aquí que no siguin estranyes les cauteles de la Directiva de referir-se, en tot moment, com ja hem analitzat, a un registre o base central de dades i no exclusivament als registres mercantils o de societats.

II.2. LA INTERCONNEIXIÓ EUROPEA DELS REGISTRES DE TITULARITAT REAL

Un cop descartada la idea, inicialment mantinguda pel Col·legi de Registradors, que la Directiva obliga a fer que la titularitat real estigui centralitzada en el registre mercantil, els seus esforços s'han centrat últimament en la interconnexió dels registres. Afirmen que aquesta interconnexió exclou qualsevol institució que no siguin els registres mercantils. Vegem que en això la normativa europea tampoc no els dona la raó.

Per això **defensarem dues afirmacions**: la primera, **que la Directiva, pels registres de titularitat real, es refereix a una interconnexió diferent de la prevista pels registres mercantils i, en segon lloc, que aquesta interconnexió és una solució purament tècnica que no és exclusiva dels registres mercantils i sí que és extensiva a altres necessitats d'interconnexió, com la que aquí ens ocupa**.



Per argumentar la primera afirmació necessàriament ens hem de referir a l'article 30.10 CDA tal com quedarà després de la propera reforma. En primer lloc, en introduir la interconnexió es refereix als "registres centrals a que se refere el apartado 3 del presente artículo". O el que és el mateix, la remissió no es fa a la genèrica interconnexió dels registres mercantils, que certament és la única que es produeix en el panorama europeu, sinó que específicament es remet a una altra diferent, només per a bases de dades de titularitat real, sigui quina sigui la forma adoptada. És a dir, l'article 30.10 és instrumental del 30.3 que aporta el contingut.

Aquest argument es veu reforçat en aquest mateix article que en el seu apartat segon afegeix: "La conexión de los registros centrales de los Estados miembros a la plataforma se establecerá conforme a las especificaciones y procedimientos técnicos determinados en los actos de ejecución adoptados por la Comisión de acuerdo con el artículo 24 de la Directiva (UE) 2017/1132 y con el artículo 31 bis de la presente Directiva". L'article 24 regula aspectes purament tècnics de la plataforma europea, sense cap referència substantiva a la interconnexió. En canvi, és més interessant aquesta al·lusió al nou 31 bis que estableix que: "La Comisión adoptará, por medio de actos de ejecución, las especificaciones y procedimientos técnicos necesarios para la interconexión de los registros centrales de los Estados miembros a

que se refieren el artículo 30, apartado 10, y el artículo 31, apartado 9". Es tracta d'una dicció importantíssima, ja que no s'atura en la "interconexión de registros centrales", sinó que reitera que la interconnexió és de bases de dades de titularitat real, independentment de les formes permeses per l'article 30.3 CDA. Novament, el 30.3 ofereix el contingut a la interconnexió que planteja, és a dir, el nou article 31 bis. I, com que es tracta d'una interconnexió diferent, aquest 31 bis ordena a la Comissió que prengui les decisions tècniques oportunes per al seu desenvolupament. Decisions que ja no serien necessàries si la interconnexió fos la genèrica dels registres mercantils, que ja ha estat suficientment desenvolupada. Com ja hem dit anteriorment, és un exemple que la reforma de la Quarta Directiva aporta més arguments a favor de la posició que aquí defensem.

Hi ha altres arguments importants que sostenen aquella primera afirmació.

El primer es basa amb el Reglament de la Comissió 2015/884, que desenvolupa determinats aspectes tècnics de la interconnexió dels registres mercantils, que estableix que "Las referencias hechas en el presente anexo a «los registros», estos se entenderán siempre como «registros centrales, mercantiles y de sociedades". Per tant, aquest reglament no és aplicable a la interconnexió que aquí ens ocupa.

El segon es basa en la mateixa exposició de motius de la reforma projectada, que parla de "garantizar la interconexión segura y eficiente de los registros nacionales de titularidad real". Novament, el legislador s'està referint a una interconnexió diferent i especial.

El tercer i últim argument, sense ànim d'exclusivitat, es desprèn de la interpretació de la voluntat del legislador, però no per les novetats que introdueix la Cinquena Directiva, sinó per allò que no modifica. Efectivament, si la interconnexió prevista per a les titularitats reals fos la mateixa que la prevista per als registres mercantils, tenint en compte la importància d'aquesta matèria, el legislador hauria aprofitat per modificar les Directives relatives a la interconnexió dels registres mercantils o de societats, especialment hauria d'haver aprofitat per modificar l'article 14 de la Directiva 2017/1132 per incloure, com un acte o informació d'inscripció obligatòria (i, per tant, susceptible d'"interconnexió"), la relativa a la identificació del titular real. Com que no s'ha reformat aquest article, es posa de manifest, amb un altre argument, que la interconnexió regulada en la Directiva 2017/1132 per als registres mercantils no comprèn la titularitat real perquè per això es preveu una interconnexió diferent i posterior que pot correspondre al mateix registre mercantil o de societats, o bé a un altre registre, com en el cas espanyol.

Doncs bé, recapitulant, un cop definida la primera afirmació hem de fer el mateix amb la segona (recordem: la interconnexió és una solució purament tècnica que no està configurada exclusivament per als registres mercantils, sinó que es pot estendre a altres necessitats de interconnexió, com la que aquí ens ocupa).

Per això, i amb caràcter previ, hem de destacar un interès recent del Col·legi de Registradors per donar a conèixer la interconnexió dels registres mercantils, les seves fites i avantatges, plantejant-la com un extraordinari avanç tecnològic que només és possible entre institucions semblants i, per tant, exclusiu i excloent. Si la situació és aquesta, cap altra institució, tampoc el Notariat espanyol, es pot valdre del mecanisme de la interconnexió i, per tant, és inhàbil per a un registre que, necessàriament, ha d'estar interconnectat.

No obstant això, la interconnexió dels registres mercantils es basa en la idea d'una

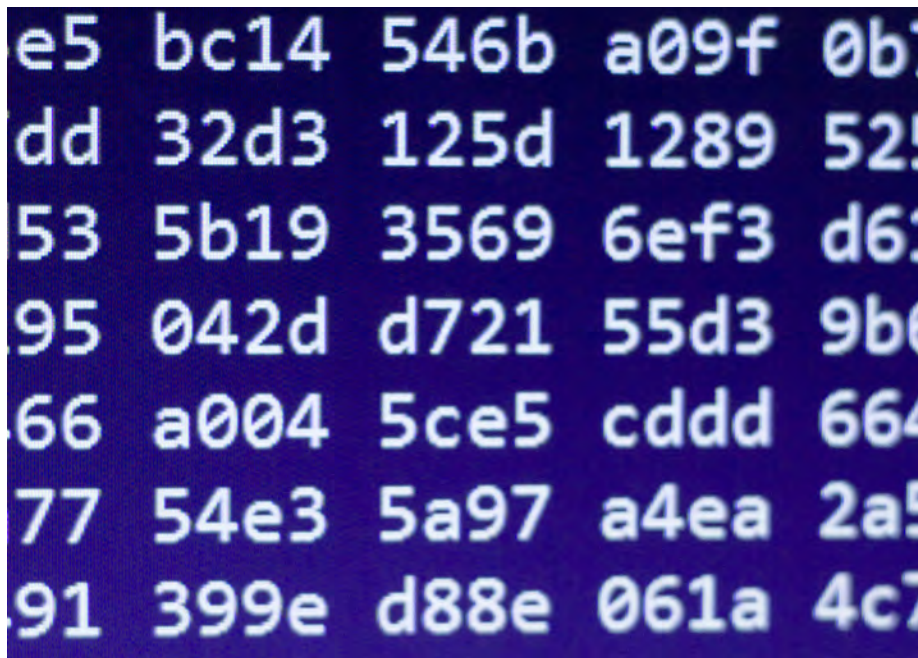


“plataforma central europea”, regulada en els articles 22 i següents de la Directiva 2017/1132 que, un cop posada en funcionament amb la interconnexió dels registres mercantils, més aviat es tracta d’una solució tècnica oberta a qualsevol interconnexió futura.

A més, aquesta idea de plataforma ve acompanyada d’una regulació que l’allunya de la idea d’exclusivitat i l’acosta a la idea d’una solució purament informàtica que haurà de donar resposta a futures necessitats de interconnexió. Per a l’anàlisi d’aquesta qüestió no només ens hem de referir a la literalitat de la Directiva citada, sinó als considerants de la Directiva 2012/17/UE, que va introduir la interconnexió i ens permet una certa interpretació autèntica del dret derivat europeu en aquesta matèria. Ens referirem a alguns arguments que es desprenen d’aquestes fonts:

Aquesta idea de plataforma ve acompanyada d’una regulació que l’allunya de la idea d’exclusivitat i l’acosta a la idea d’una solució purament informàtica que haurà de donar resposta a futures necessitats de interconnexió.

El primer és que s’exclou qualsevol idea d’harmonització o creació d’un registre europeu, sinó que té objectius molt més modestos. Efectivament, això es desprèn del considerant 10 d’aquella Directiva, que declara que “La presente Directiva no tiene como finalidad establecer una base de datos de registros centralizada que almacene información sustancial sobre las sociedades”. Aquesta idea es completa amb el considerant 11 que afegeix “Dado que el objetivo de la presente Directiva no es armonizar los sistemas nacionales de registros centrales, mercantiles y de sociedades, los Estados miembros no están obligados a cambiar sus sistemas internos de registro, en particular por lo que respecta a la gestión, almacenamiento de datos, tasas, utilización y revelación de información a efectos nacionales”. És a dir, cada Estat pot mantenir la integritat dels registres que s’interconnectin, amb les seves pròpies característiques i mantenint la individualitat de cadascun d’ells. Aquesta heterogeneïtat es posa de manifest en el considerant 21, que estableix que “La interconexión de los registros centrales, mercantiles



y de sociedades exige la coordinación de sistemas nacionales con diferentes características técnicas. Ello implica la adopción de medidas y especificaciones técnicas que habrán de tener en cuenta las diferencias entre los registros”.

El segon argument es desprèn del considerant 23 que manifesta un enorme desinterès pels diferents registres nacionals, en manifestar que “Sería conveniente que los países terceros pudieran, en el futuro, participar en el sistema de interconexión de registros”. És a dir, el legislador comunitari té tan poc interès en les institucions que es connectin, sinó en la pròpia interconnexió en sí, que, fins i tot, planteja el futur accés a la interconnexió de registres mercantils no comunitaris.

Per tant, la interconnexió no és homogeneïtzació, sinó més aviat una plataforma informàtica que, a més, és de mínims. Aquesta idea de buscar algun punt en comú entre diferents es posa de manifest en l’article 14 de la Directiva 2017/1132 vigent, que, fins i tot, ha d’enumerar el contingut mínim dels fulls oberts de cada societat perquè hi ha Registres Mercantils que ni tan sols recullen aspectes que, a Espanya, per exemple, considerem evidents. No hem d’oblidar que el registre mercantil espanyol ha de compartir la plataforma amb d’altres de naturalesa molt diferent i que, fins i tot, són de gestió empresarial (cambres de comerç, a Itàlia o a Holanda).

D’altra banda, si ens referim específicament a la interconnexió dels registres de titularitat real, hem de destacar l’últim paràgraf del l’article 31 bis que introduirà la Cinquena Directiva. Aquest paràgraf diu que (les negretes són nostres) “**En sus actos de ejecución, la Comisión procurará reutilizar tecnologías consolidadas y prácticas existentes.** La Comisión garantizará que los sistemas que se desarrollen no conlleven más costes de los absolutamente necesarios para aplicar la presente Directiva. Los actos de ejecución de la Comisión se caracterizarán por la transparencia y el intercambio de experiencia e información entre la Comisión y los Estados miembros”. Aquest fragment posa de manifest, com a tancament del sistema previst pel legislador, que la interconnexió dels registres mercantils a través d’una plataforma europea, pot servir de base perquè, aprofitant la seva tecnologia, implementació i experiències, es desenvolupi la interconnexió dels registres de titularitat real. Per tant, una interconnexió diferent, encara que aprofiti la tecnologia.

Aquesta idea es veu confirmada pel considerant 37, que en la seva futura redacció estableix que (les negretes són nostres) “La interconexión de los registros centrales de los Estados miembros que contengan información relativa a los beneficiarios reales a través de la plataforma central europea creada en virtud de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo **requiere la coordinación de sistemas nacionales**



con características técnicas diversas. Ello implica la adopción de medidas y especificaciones técnicas que habrán de tener en cuenta las diferencias entre los registros".

Novament, és molt interessant acudir als considerants de la norma per aprofundir en la voluntat del legislador. Es parteix de la base que la interconnexió haurà de tenir en compte característiques tècniques diverses i les diferències entre registres. Es tracta d'una reflexió que només té sentit fer-la si es considera que la interconnexió dels registres de titularitat real és nova i diferent de l'actual interconnexió dels registres mercantils. En altres paraules, si el legislador es referís a la interconnexió dels registres mercantils, aquest fragment no tindria sentit, ja que aquests, de fet, ja es troben raonablement interconnectats.

Per tant, de tota la normativa d'interconnexió dels registres mercantils es desprèn una conclusió evident: s'ha creat una plataforma informàtica que permet la seva interconnexió. És a dir, s'ha creat un punt comú d'accés. No obstant això, aquesta plataforma o punt d'accés, podrà ser utilitzada per altres interconnexions.

A més de tots els arguments mantinguts en aquest epígraf, el transcendental article 30.10, en la seva versió reformada, presenta una interconnexió amb substantivitat pròpia, en establir en el seu primer paràgraf que "Los Estados miembros velarán por que los registros centrales a que se refiere el apartado 3 del presente artículo estén conectados entre sí a través de la pla-

taforma central europea creada en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo".

És a dir, en definitiva, les bases de dades sobre titularitat registral s'interconnectaran a través d'aquesta plataforma única europea i totes les entitats jurídiques podran acudir a aquesta interconnexió, ja siguin registres mercantils o ja siguin altres registres que requereixin interconnexió pel seu contingut, com passaria amb la Base de Dades de Titularitat Real del Consell General del Notariat.

III. NORMATIVA NACIONAL

Aquesta Base de Dades de Titularitat Real, un veritable registre públic electrònic, té un suport legal explícit en l'**article 9.6 del Reial Decret 304/2014 (en endavant RPBC)**, que diu que "Para el cumplimiento de la obligación de identificación y comprobación de la identidad del titular real establecida en este artículo, los sujetos obligados podrán acceder a la base de datos de titularidad real del Consejo General del Notariado previa celebración del correspondiente acuerdo de formalización, en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley 10/2010, de 28 de abril" **que va desenvolupar la Llei 10/2010, de 28 d'abril, de prevenció del blanqueig de capitals i el finançament del terrorisme (en endavant LPBC)**, que en el seu article 8.1 diu: "Los sujetos obligados podrán

recurrir a terceros sometidos a la presente Ley para la aplicación de las medidas de diligencia debida previstas en esta Sección, con excepción del seguimiento continuo de la relación de negocios". Doncs bé, en virtut d'aquestes previsions, s'han celebrat nombrosos acords amb molts altres subjectes obligats, des d'entitats financeres i companyies d'assegurances a altres organismes públics.

Juntament amb aquesta Base de Dades, l'altre instrument fonamental del Notariat en la matèria és l'**Òrgan Centralitzat de Prevenció del blanqueig de capitals que depèn del Consell General del Notariat, i regulat per l'ordre ministerial EHA/2963/2005, de 20 de setembre**. Aquesta ordre, dictada a l'empara dels articles 11.1 i 16 del Reial decret derogat 925/1995 i de l'article 2.2 de la també derogada Llei 19/2003, de 4 de juliol, sobre règim jurídic dels moviments de capitals i de les transaccions econòmiques amb l'exterior i sobre determinades mesures de prevenció del blanqueig de capitals, subsisteix després de l'entrada en vigor de la Llei 10/2010 (article 27) i el Reial decret 304/2014 que la desenvolupa (article 44) i que, a més, en la seva Disposició Deorgatòria Única diu que: "En cuanto no se opongan a lo dispuesto en el reglamento, continuarán vigentes la Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado".

(...) la interconnexió no és homogeneïtzació, sinó més aviat una plataforma informàtica que, a més, és de mínims.

Després de més de deu anys de constitució, aprovació i funcionament de l'Òrgan Centralitzat de Prevenció del blanqueig de capitals que depèn del CGN, la ordre ministerial ECC/2402/2015, d'11 de novembre, crea l'Òrgan Centralitzat de Prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme del Col·legi de Registradors de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles, anomenat CRAB que, a part de cranc en anglès (i tenint en compte que pel seu retard li és molt escaient) és l'acrònim de Centre Registral Antiblanqueig.



IV. ELS EXCESSOS EN LA TRANSPOSICIÓ AL DRET NACIONAL

No obstant això, la normativa nacional hauria de ser un reflex exacte de les Directives europees. Però tot i que el legislador ho sap va desviar el rumb i va crear unes disfuncions que encara perduren. Vegem-ho.

La Directiva 2005/60, derogada per la vigent 2015/849, no feia referència als registradors. No els mencionava, Efectivament, l'article 1 es referia a l'àmbit d'aplicació de la Directiva i esmentava les entitats financeres, les asseguradores, els Notaris, els agents de la propietat immobiliària, etc., però no els Registradors. I la Directiva vigent tampoc no els esmenta. O el que és el mateix, després de més de deu anys entre ambdues Directives, suposant que la segona és una millora i perfeccionament de la primera, un cop estudiades les experiències nacionals, les noves modalitats de blanqueig, després del complex i participatiu procés normatiu comunitari, segueix sense referir-s'hi. I, per si no fos suficient, la proposta de reforma de la Directiva, segueix sense referir-s'hi. És tan important de seva funció en aquesta matèria que, tot i que hi ha Registradors en tots els països europeus, el legislador europeu els ignora.

No obstant això, en l'avantprojecte espanyol de llei de blanqueig, que després seria la 10/2010, el legislador col·locava en el mateix lloc, com a subjectes obligats, els Notaris i els Registradors. Aquesta posició, que és molt voluntarista, suposava un excés en la transposició de la Directiva, que va donar lloc a un **dur informe del Consell d'Estat (expedient 1904/2009) de 19 de novembre de 2009**, en el qual s'establí que "La actual redacció del artículo 2.1.n) del anteproyecto, al hacer de los registradores sujetos obligados en pie de igualdad con los notarios, no responde al tenor del artículo 2.1 de la Directiva 2005/60/CE ni a la lógica del artículo 4 de aquélla. Además, la evitación de la "duplicidad y solapamiento" de las tareas de notarios y registradores es un objetivo de la política de organización de la Justicia preventiva (en los términos de la Orden Ministerial 2424/2008, de 15 de agosto). Por ello, y en atención también a la propia dificultad de cumplimiento por los registradores de todas las obligaciones de diligencia debida previstas en el anteproyecto, se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial".



accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial".

Aquest informe contundent del Consell d'Estat va plantejar la necessitat de modificar l'avantprojecte, que es va intentar per via d'esmena en el Senat pel Grup Parlamentari Popular (BOCG de 8 d'abril de 2010), que pretenia que el redactat de l'article 2.1.n) fos el següent: "Los notarios y los Registradores de la propiedad, mercantiles o de los bienes muebles en los términos señalados en el artículo 21 bis".

Aquest article 21 bis, que s'introdueix en una altra esmena, estableix un règim especial de col·laboració limitada, tenint en compte la funció especial d'aquest organisme i, al mateix temps, les seves funcions limitades "a posteriori". La justificació de la primera esmena diu que: "en atención también a la propia dificultad de cumplimiento por los registradores de todas las obligaciones de diligencia debida previstas en el anteproyecto, se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial".

Com ja sabem, aquestes esmenes mai van ser aprovades pel legislatiu, i els Registradors són subjectes obligats per la normativa espanyola, però, insistim, no per la europea. **El Consell d'Estat (Dictamen 824/2015, de 17 de novembre) no ha desaprofitat l'oportunitat de recordar, en el Dictamen preceptiu de la**

citada Ordre ECC/2402/2015, el que ja va dir en el dictamen 1904/2009: que la llei excedeix el text de la Directiva. A més, en aquest últim dictamen afegeix "Es cierto que la Ley 10/2010 da un mismo tratamiento a notarios y registradores en cuanto a obligaciones de información y a su incorporación obligatoria a órganos de prevención centralizados; pero esta equiparación no impide, a juicio de este Consejo, delimitar con precisión y de forma diferenciada el papel que han de jugar los respectivos órganos centralizados de prevención en el cumplimiento de tales obligaciones, teniendo en cuenta las características que definen el ejercicio de las funciones notarial y registral y con el objeto de evitar duplicidades innecesarias, conflictos competenciales y divergencia de criterios. Es claro, en este sentido, que el control que corresponde ejercer a notarios y registradores no puede verificarse en términos análogos pues no tienen los mismos instrumentos a su alcance (así, por ejemplo, en relación con el cumplimiento del deber de diligencia debida); y que sobre esta base cabría delimitar los ámbitos competenciales de los respectivos órganos de prevención." O el que és el mateix, i com ja va dir "se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial". Aquesta reflexió de l'organisme consultiu més alt de l'Estat sens dubte ens posa en el camí correcte: és lògic que el règim es basi en la funció notarial i no en la registral, tenint en compte



la posició preponderant del Notari, per la seva funció, en matèria de blanqueig de capitals i finançament del terrorisme.

V. EL SISTEMA ESPANYOL DE TITULARITAT REAL.

Per tant, si s'hagués respectat el contingut de la normativa europea i el dictamen del Consell d'Estat, potser no hauríem arribat a la situació actual, ja que el sistema de prevenció del blanqueig estaria organitzat en funció de la responsabilitat que correspon a cadascú.

Certament, sent convergent la funció notarial i registral en la seguretat jurídica preventiva, és, no obstant això, molt divergent, atesos la funció i l'efecte jurídic de cada funció dins la dinàmica del blanqueig de capitals en el tràfic juridicoprivat.

Efectivament, el sistema espanyol de seguretat jurídica preventiva té unes característiques molt particulars que passen, fonamentalment, per un doble filtre de control a càrrec de dos funcionaris diferents. Aquesta dualitat, que és molt eficaç en termes de control de legalitat, es mostra inoperant quan la replicuem en matèria de blanqueig de capitals.

El sistema jurídic mercantil espanyol col·loca el Notari en una posició única, privilegiada, que podem analitzar distingint els aspectes següents, relacionant-los, fonamentalment, amb la posició del registre mercantil espanyol:

V.1. EL NOTARI TÉ MÉS INFORMACIÓ

Certament, l'element més decisiu té a veure amb el flux d'informació que rep cada professional. El Notari gestiona més informació que cap altre funcionari públic. I no és suficient referir-se a l'Índex Únic Informatitzat, que és la segona major base de dades d'aquest país i que suposa una segregació parametritzada del contingut de tots els instruments públics autoritzats o intervinguts per un Notari, sinó que convé anar més enllà. Ens hem de referir, com no podia ser d'una altra manera, a la documentació que permet configurar el negoci d'escripturar, escriptures prèvies, documents privats o les motivacions de les parts, els tractes preliminars, les seves relacions personals, situacions de subordinació aparent, etc. Informació que, tot i que a vegades és aliena a la literalitat de l'instrument públic, sí que té una enorme importància per a valorar operatives del blanqueig (així, entre d'altres, article 13.1 de la Directiva i 5.1 LPBC). Informació real, actual, viva, canviant; que mai no podrà ser valorada per qui treballa dins el món abstracte dels llibres registrals. A més, es tracta d'una informació que, obtinguda per gairebé tres mil funcionaris repartits per tota la geografia nacional que actuen com a capil·lars sanguinis, canalitzen la informació de manera molt més precisa i propera que qui col·loca el seu despatx a la capital de província.

Es tracta d'una informació que, a més, permet complir fidelment un principi es-

sencial en matèria de blanqueig de capitals, com és el de la diligència deguda, que es concreta en l'expressió anglosaxona *know your customer* (coneix el teu client) i que implica, fonamentalment, el coneixement formal del client, de la titularitat real i del propòsit o la finalitat de la relació de negocis. Finalment, implica un seguiment, formal i material, que no acaba amb la celebració del negoci (art. 14.6 CDA). En conclusió, tots aquests aspectes de control conflueixen en un funcionari públic, el Notari, que complirà millor els seus deures si s'utilitzen els instruments que ell mateix ha configurat per a una prestació òptima de les seves funcions.

A més, tota aquesta informació en mans del Notari es refereix, en molts casos, a **entitats jurídiques respecte de les quals el Registre Mercantil no sap res**, ni tan sols des del punt de vista formal, i es poden distingir dos casos principals:

- Les societats mercantils que es poden inscriure en aquest registre que, tot i que continuen la seva activitat negocial, no poden accedir al registre per la falta de dipòsit dels comptes. L'any 2017, 1.137.097 societats van dipositar els seus comptes, fet que significa que el Registre Mercantil no sap res de les altres (més de dos milions segons el Col·legi de Registradors). Es tracta d'un nombre molt elevat per a aquesta finalitat, com ja va alertar el GAFI en el seu informe sobre Espanya. També, com no podia ser d'una altra manera, ens referirem a aquelles societats que, per defectes que no afecten a la legalitat de l'acte social, sinó només al formalisme registral (per exemple, defectes en la certificació dels acords), no tenen els seus fulls registrals actualitzats i, per tant, són desconeguts pels registres mercantils. Un aspecte molt concret que el professor ALFARO va denominar hipertròfia de la qualificació dels registres mercantils.

- D'altra banda, com ja hem dit anteriorment, la multiplicitat d'altres formes societàries i persones jurídiques que no es poden inscriure en el Registre Mercantil, però que s'han constituït davant Notari o que la seva vida econòmica requereix, freqüentment, la intervenció del Notari. Ens referim a fundacions, associacions, unions temporals d'empresa, cooperatives, partits polítics, sindicats, etc. La seva constitució, vida (necessitats de finançament o de representació, per exemple) i liquidació passen habitualment per un Notari, però no pel Registre Mercantil. Per no parlar de

la societat civil particular, forma societària bàsica, habitual en zones rurals, d'enorme transcendència econòmica, la vida jurídica i econòmica de les quals és sempre extraregstral. O dels acords parasocials, que condicionen l'exercici del vot i, tret d'algunes excepcions, no tenen publicitat registral.

Aquesta referència a societats que no es poden inscriure no és menor, ja que el mateix considerant 12 CDA obliga els Estats membres a "asegurar que se abarque la gama más amplia posible de personas jurídicas constituidas o creadas por cualquier otro mecanismo de su territorio". Igualment, l'article 13.1b) CDA parla de comprendre l'estructura de propietat i control "personas jurídicas, fideicomisos, sociedades, fundaciones y estructuras jurídicas similares".

El Registre Mercantil tampoc no té informació sobre les transmissions de participacions (declaracions de unipersonalitat a part), element essencial per a conèixer la titularitat real. No obstant això, sobre la base del contundent article 106 de la Llei de societats de capital, s'ha argumentat que algunes transmissions de participacions socials es realitzen en document privat, judicial o administratiu i, per tant, escapa del control notarial a efectes de titularitat real. No obstant això, aquesta afirmació només és certa en part, ja que es poden fer algunes observacions. Vegem-ho.

La primera fa referència a la importància de l'escriptura pública notarial en la transmissió de les participacions socials. Certament, a falta de requisit *ad solemnitatem* (que el Tribunal Suprem nega en alguna sentència aïllada), no es pot menystenir, seguint autors antics, un evident requisit *ad probationem* de la titulació notarial enfront de la societat i una força *ad utilitatem* que no es pot menystenir, ja que els efectes, el control i l'eficàcia que produeix l'escriptura notarial n'aconsella l'ús en la transmissió de participacions, com es demostra en la pràctica dominant.

La segona observació es relaciona amb la resta d'aquest epígraf: el Notari gestiona tanta informació que en la immensa majoria de casos, la falta de titulació pública en una transmissió de participacions serà completada amb la informació acreditada per aquesta societat sota el pretext de qualsevol altra activitat comercial davant el Notari. Dit en altres paraules, el que el Notari no controla directament ho farà indirectament sense que, en la majoria de casos, el control

antiblanqueig i l'eficàcia de la Base de Dades de Titularitat Real se'n ressenteixi.

El Notari té, per fer aquest control, que hem anomenat indirecte, una font d'informació que té un valor extraordinari. Ens referim a la que resulta de la intervenció de les pòlisses bancàries. L'any 2017 van ser més d'un milió a tot Espanya. La importància d'aquesta documentació en la mecànica notarial antiblanqueig és doble:

- Per una banda, introdueix nous elements per valorar operacions de blanqueig agregant les dades dels subjectes compareixents (a l'efecte, per exemple, del seguiment continuat d'operacions de negoci de l'art. 6 LPBC).

- D'altra banda, és una extraordinària i incommensurable font d'informació respecte de qualsevol persona física o jurídica, especialment respecte d'aquelles entitats jurídiques que es constitueixen en document privat i, per tant, escapen de la tasca notarial, o respecte d'aquelles societats limitades (o cooperatives, societats civils, etc.) el capital social de les quals s'ha transmès al marge de l'escriptura pública, com hem vist abans. No obstant això, qualsevol d'aquestes entitats té necessitats de finançament i la intervenció notarial s'aprofita per dur a terme totes aquelles mesures fonamentals de diligència deguda que abans hem fet referència: identificar els titulars formals, els reals i adoptant les altres mesures perquè, tot i haver-se constituït en titulació privada, estiguin sotmeses a l'exigent control notarial.

Per tant, podem concloure que **els registres mercantils espanyols pràcticament no tenen més informació que la que aporten les escriptures notariales**. I, com hem comprovat, si la realitat supera amb escreix el contingut de l'escriptura pública notarial, què hem de dir respecte del registre: tot això, com no pot ser d'una altra manera, demostra l'eficàcia en l'obtenció de dades del registre notarial de titularitats reals davant la inoperativitat del Registre Mercantil per assumir aquesta funció.

V.2. EL NOTARI TÉ ABANS AQUESTA INFORMACIÓ

La duplictat Notaria/Registre té, a més, una conseqüència purament cronològica que també s'ha de tenir molt en compte sobre el blanqueig.

Davant el Notari es constitueix una societat que, en molts casos, tindrà accés al



Registre Mercantil. Mentre no hi accedeix, la societat té personalitat jurídica plena (encara que no té la pròpia d'una societat limitada o anònima) i capacitat jurídica i, per tant, pot realitzar qualsevol activitat comercial. L'Índex Únic Informatitzat del Notariat i, per tant, la seva Base de Dades de Titularitat Real, ja tindrà la informació necessària per identificar els titulars reals. El considerant 20 estableix que serà la Cinquena Directiva "La necesidad de información precisa y actualizada sobre el titular real es un factor clave para la localización de los delincuentes". El Registre Mercantil haurà d'esperar que aquesta escriptura de constitució (o qualsevol altra) es liquidi, es presenti i s'inscriuï, que és un obstacle insalvable. Per cert, una inscripció obligatòria, però no constitutiva.

La duplictat Notaria/Registre té, a més, una conseqüència purament cronològica que també s'ha de tenir molt en compte sobre el blanqueig.

Referent a això, l'informe del GAFI estableix que "Las sociedades tienen la posibilidad de realizar una serie de actividades durante un período de hasta dos meses antes de su inscripción en el Registro Mercantil, utilizando su número de identificación fiscal provisional. La información sobre las sociedades en esta situación figura en el Índice Único Informatizado Notarial, pero no en el Regis-



tro Mercantil accesible al público". A més, la proposta de Cinquena Directiva modifica l'apartat 4 de l'article 30, i afegeix que "Los Estados miembros exigirán que la información conservada en el registro central a que se refiere el apartado 3 sea adecuada, exacta y actualizada". Remarca, en fi, el considerant 13 CDA que "La necesidad de información precisa y actualizada sobre el titular real es un factor clave para la localización de los delincuentes".

Es tracta d'una actualització comptant que, recordem-ho, ja es realitza amb normalitat pel Notariat per la via de l'Índex Únic Informatitzat, que s'envia periòdicament.

V.3. BASE DE DADES DE PERSONES DE RESPONSABILITAT PÚBLICA

Aquesta informació que rep el Notari des del mateix moment que s'identifica el client (funció exclusivament notarial, mai registral) es relaciona, a més, amb un altre registre creat a iniciativa del Notariat Espanyol, la **Base de Dades de Persones de Responsabilitat Pública, creat per acord del Consell General del Notariat de 31 de maig de 2014, a l'empara dels articles 20 de la Quarta Directiva i els 14 i 15 de la Llei 10/2010**. Sobre aquest aspecte, convé reproduir, per la seva importància, la literalitat dels dos considerants de la Directiva 2015/849: "Hay que reconocer que determinadas situaciones presentan mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiación

del terrorismo. Si bien debe determinarse la identidad y el perfil empresarial de todos los clientes, hay casos en que son necesarios procedimientos particularmente rigurosos de identificación del cliente y comprobación de su identidad" (considerando 31). "El esfuerzo internacional para luchar contra la corrupción también justifica la necesidad de prestar una atención especial a estas personas y de aplicar medidas reforzadas de diligencia debida con respecto a las personas a las que se confían o se hayan confiado funciones públicas importantes, ya sea en su propio país o en el extranjero, y con respecto a los altos cargos de organizaciones internacionales" (considerando 32).

D'aquesta manera, en identificar qualsevol persona física compareixent, a través d'un sistema informàtic complex creat pel Notariat s'obté la informació sobre si es tracta d'una persona respecte de la qual s'hagin de prendre mesures de diligència especials en consideració al seu càrrec públic o per la seva proximitat professional o familiar. Al mateix temps, aquesta consulta automàtica es creua amb les dades que consten en la Base de Dades de Titularitat Real, fet que comporta que s'obtinguin registres molt valuosos i informació que, si és el cas, pot donar lloc a l'adopció de mesures de diligència reforçada, a comunicacions a l'òrgan de prevenció o a l'obtenció per aquest òrgan, amb la informació que li aporten més de 2.800 notaris, d'índexs de blanqueig agregant informació. Aquest ecosistema únic i insubstituïble, comprèn la identificació formal del compareixent (realitzant l'im-

portantíssim judici d'identitat notarial) i la identificació de la titularitat real amb bases de dades creades a aquest efecte.

V.4. LA PERTORBADORA ORDRE MINISTERIAL JUS/319/2018

Com que el Registre Mercantil no té més informació que la inscrita i gran part està desactualitzada, la seva posició corporativa en defensa del seu interès de fer-se càrrec del registre de titularitats reals es debilita enormement. No obstant això, recentment es va publicar una ordre ministerial per introduir una manifestació de la titularitat real en el moment de dipositar comptes.

Aquesta manifestació, que és un pobre intent d'iniciar la seva pròpia base de dades de titularitat real, demostra, en primer lloc, que no era veritat (o no ho era del tot) quan deien, mesos enrere, que ja tenien identificada la titularitat real de les societats inscrites i que aquest registre es podia posar en funcionament en qualsevol moment. Aquesta afirmació, que ja era poc creïble coneixent el contingut del Registre Mercantil, s'ha demostrat que era inexacta amb el pas del temps.

Aquest nou dipòsit de titularitats reals ens presenta un sistema il·legal i, a més, veritablement ineficaç. Vegem-ho.

És il·legal perquè la determinació de les mesures a adoptar en matèria de prevenció de blanqueig de capitals corresponen al Ministeri d'Economia, no al de Justícia (D. F. 2a del Reial Decret pel qual s'aprova el reglament de la Llei 10/2010 que habilita el Ministeri d'Economia i Competitivitat per dictar les disposicions de desenvolupament i disposicions i actes d'aplicació que siguin necessaris per al desenvolupament del que preveu el reglament). A més, el règim de publicitat del Registre Mercantil (públic, sense control d'accés a la publicitat formal, a diferència del Registre de la Propietat) no és compatible amb el règim de publicitat previst per la normativa europea vigent, que preveu un règim d'accés molt limitat als subjectes obligats i a aquells organismes i autoritats dedicades a la lluita contra el blanqueig de capitals i contra el finançament del terrorisme. La nova Cinquena Directiva, que encara no s'ha publicat, amplia aquest règim de publicitat que, no obstant això, està molt lluny de ser una publicitat lliure.



A més, aquesta mesura és enormement ineficaç. En primer lloc perquè es basa en les pures manifestacions de les societats, que hauran d'emplenar el formulari en molts casos sense cap tipus d'assessorament i sense cap tipus de control públic d'aquestes manifestacions (a diferència de les actes de manifestacions davant Notari que, per cert, són molt criticades pels registradors perquè són una simple manifestació i no acreditació). Fins i tot, si aquestes manifestacions fossin correctes, només es refereixen a aquelles societats que dipositen comptes, que ja hem vist que són una minoria. Aquest sistema exclou totes les altres societats i entitats jurídiques que estan igualment obligades a identificar les seves titularitats reals. En segon lloc, aquestes manifestacions, en el millor dels casos, reflecteixen la titularitat real en el moment de dipositar els comptes, sense que això impedeixi canviar-la el dia següent de la presentació. Per tant, no es compleix el requisit bàsic en matèria de blanqueig de fer un seguiment continu d'aquells amb qui s'estableix la relació de negoci.

En definitiva, es tracta d'un instrument que, sens perjudici dels avatars judicials, al qual queda molt gran la matèria del blanqueig i demostra que es tracta més d'un interès corporatiu per afavorir determinats interessos que un coneixement del que significa la titularitat real i el blanqueig de capitals en general.

V.5. LES DESPESES DE COMPLIMENT

No és just valorar qualsevol opció en matèria de blanqueig de capitals sense tenir en compte les despeses, en un sentit ampli, que els actors econòmics han de suportar actualment i les que hauran de suportar quan s'adopti la proposta registral.

A més, el problema de les despeses és un criteri essencial explicat el legislador europeu en el mateix considerant 2 de la Quarta Directiva Antiblanqueig, que destaca *"la necesidad de crear un entorno regulador que permita que las empresas desarrollen sus negocios sin incurrir en costes de cumplimiento desproporcionados"*.

Doncs bé, **el sistema vigent, que s'articula al voltant de la Base de Dades de Titularitat Real, s'ha mostrat molt eficaç, amb unes despeses molt baixes per a la societat.** La creació, actualització i gestió d'aquesta Base de Dades ha significat una

aposta per situar al Notariat espanyol en l'avantguarda europea i mundial en matèria de prevenció i lluita contra el blanqueig de capitals i finançament del terrorisme. A més, va suposar un esforç econòmic i humà que ha creat una institució única: un registre electrònic amb la titularitat acreditada (no manifestada) de més de 2.000.000 de societats anònimes, 117.000 societats anònimes i 195.000 entitats no mercantils. Des de que es va crear, ja fa més de 5 anys, s'han realitzat més de 3.500.000 de sol·licituds d'informació per altres subjectes obligats i autoritats encarregades de la lluita contra el blanqueig i la delinqüència organitzada.

No obstant això, aquest esforç no ha repercutit en els centenars de milers d'entitats (la majoria petites i mitjanes empreses) les titularitats reals de les quals es van incorporar i s'actualitzen quan és necessari per mantenir-les al dia.

Efectivament, el Notari no acostuma a cobrar res per fer la tasca d'identificació de la titularitat real, recapitulant escriptures i altra documentació per recompondre l'estructura de capital d'una entitat. Com a mínim, en aquells casos en què la titularitat real és manifestada simplement, aquesta acta té un cost molt baix i la seva validesa es prorroga sovint durant molts anys. Una despesa que no cobreix les despeses de creació del document. Per tant, està lluny de poder-se considerar una despesa desproporcionada.

A més, el sistema de transmissió de participacions en escriptura pública s'ha mostrat molt eficaç i no ha impedit, sens perjudici del secret de contingut de l'escriptura, el control oportú d'aquestes transaccions, tant en termes fiscals com en termes de blanqueig. És més, el sistema ha permès compaginar el control públic necessari i oportú sobre aquestes transaccions econòmiques amb la reserva necessària i discreció que l'empresariat requereix.

El Notariat ha controlat el blanqueig i ha identificat titularitats reals sense necessitat d'afegir, amb prou feines, nous costos i sense crear tràmits inoportuns i onerosos per a les empreses i altres entitats jurídiques.

No obstant això, el sistema proposat pel col·lectiu registral implica incrementar les despeses i la burocràcia. Suposa afegir despeses i temps a una economia

com l'espanyola que lluita per millorar any rere any els seus índexs de competitivitat i que, a més, ho fa amb un teixit empresarial que està compost, de forma aclaparadora, per microempreses que no es poden permetre més despeses i més traves.

Efectivament, l'element essencial de la proposta registral és tornar al sistema d'inscripció de les participacions socials. Es tracta d'un sistema que es va deixar enrere ja fa gairebé 30 anys i que la pràctica diària i la baixíssima litigiositat no han trobat a faltar. Pretenen tornar a un sistema que els assegurarà nous ingressos: la mateixa inscripció de les participacions i la publicitat corresponent. Es tracta d'un nou tràmit que s'ha d'afegir i que no aporta un contingut substancial respecte del blanqueig.

D'aquesta manera, **seria ingenu no reconèixer que el sistema vigent necessita alguns ajustos per ser encara més eficaç.** No obstant això, aquestes millores que poguéssim proposar el Notariat espanyol **no s'enfoquen a assegurar nous ingressos. S'enfoquen, com s'ha demostrat fins ara, a fer més eficaç el sistema de prevenció del blanqueig de capitals i a continuar perfeccionant el seu instrument més valuós, la Base de Dades de Titularitat Real.**

VI. CONCLUSIÓ

En aquest article hem analitzat alguns aspectes del sistema espanyol de titularitat real que es relacionen amb el seu instrument principal, la Base de Dades de Titularitat Real. Moltes d'aquestes facetes es desprenen de la mateixa funció notarial, que és especialment adequada per adoptar un paper protagonista en matèria de prevenció de blanqueig de capitals i finançament del terrorisme. No obstant això, altres aspectes han estat fruit de l'esforç d'una Corporació de Dret Públic que ha assumit les seves responsabilitats i que ha pres la iniciativa creant dos registres que, avui en dia, són essencials, el de persones de Responsabilitat Pública i el de Titularitat Real.

No obstant això, **el Notariat té el ferm convenciment que les seves possibilitats en aquesta matèria no s'han d'aturar aquí. S'estan desenvolupant projectes molt importants que permetran configurar un registre de titularitats reals encara més avançat, més eficaç, i sempre amb unes despeses de compliment molt baixes.**

Sobre el Llibre VI del Codi civil de Catalunya

Contractes de mandat, sobre objecte aliè i de prestacions periòdiques.

Modificacions introduïdes en altres llibres del Codi civil



Antonio Longo Martínez
Notari de Barcelona

EL CONTRACTE DE MANDAT

El contracte de mandat ha estat inclòs en el CCCat dins els “contractes sobre activitat aliena” i, concretament, de serveis. Començarem, necessàriament de manera molt esquemàtica, algunes de les peculiaritats de la regulació.

A. El Llibre Sisè regula únicament el **MANDAT REPRESENTATIU**, en el qual l'obligació del mandatari s'acompanya necessàriament de la legitimació per actuar. S'entén (vegeu Preàmbul) que l'actuació en nom propi, però per compte d'altri (art. 1717 CC) és una matèria pròpia de les disposicions generals del contracte o, fins i tot, una institució jurídica transversal, del Llibre Primer. D'aquesta manera, l'art. 622-21.1 ens diu: “En el contracte de mandat, el mandatari s'obliga a gestionar en nom i per compte del mandant els afers jurídics que aquest li encarrega, d'acord amb les seves instruccions.”

És possible, òbviament, la representació (poder) que no neixi d'un mandat, però no, en la regulació que analitzem, el mandat sense representació, encara que aquesta pot no ser necessària, si l'execució del mandat no requereix la relació amb tercers.

Com a contracte *intuitu personae*, l'actuació del mandat ha de ser personal (**art. 622-26**), si bé es permeten, amb l'autorització del mandant, la substitució i la delegació, entenent la primera figura com aquella que desvincularia el mandatari contractant inicial.

B. Una altra idea important present en la definició és la referent a l'**OBJECTE** del mandat. Davant els termes de l'art. 1709 CC (“*prestar algún servicio o hacer alguna cosa*”), massa semblants als del art. 1544 per a l'arrendament d'obres o serveis (“*ejecutar una obra o prestar un servicio por precio cierto*”), el CCCat es refereix a la **gestió**

dels assumptes jurídics que el mandant li encarrega, com a tipus particular de serveis. S'utilitza l'adjectiu “jurídics” en relació amb els assumptes, quan potser hauria estat més adequat fer-ho en referència als actes que constitueixen l'actuació del mandatari (la “gestió”), assumint la interpretació generalment acceptada que el mandat engloba únicament aquells actes de rellevància jurídica en l'esfera patrimonial del mandant, deixant al marge els actes merament materials. El concepte *gestió* ha de permetre resoldre la qüestió referent a la naturalesa de l'obligació del mandatari, que no és una obligació de resultat, sinó d'activitat o “de mitjans”.

C. Encara que la naturalesa de la gestió encomanada pugui determinar l'**ÀMBIT i l'EXTENSIÓ** del mandat (**art. 622-23.1**) i la forma d'actuació del mandatari (art. **622-27.2**), no hi ha normes de preconfiguració legal dels límits d'aquesta actuació, a imat-

ge de les dels arts. 1712 i 1723 CC (mandat general o especial, mandat concebut en termes generals). Si bé en l'art. **622-23.2** s'indica que *"el mandatari només pot fer els actes d'administració ordinària"*, immediatament afegeix: *"llevat que estigui facultat expressament per a fer-ne d'altres"*. Per tant, és l'**encàrrec**, els perfils del qual es determinen per acord entre les parts (arts. 622-23, 622-27.1, lletra a), on es determinen aquests límits. No obstant això, el mandatari ha d'atendre també les **instruccions** donades pel mandant. En l'àmbit del CC (art. 1719 CC) s'ha entès que traspassar les instruccions del mandant no implica vulnerar els límits del mandat, encara que pugui donar lloc a un incompliment contractual i, en algun cas, a una indemnització per danys i perjudicis causats al mandant. No obstant això, l'art. **622-22**, relatiu als casos d'actuació extralimitada, ens diu que, com a regla general, *"els actes fets fora de l'àmbit del mandat o que no s'ajustin a les instruccions no vinculen el mandant"*, fet que allunya aquestes instruccions del concepte que s'utilitza en el CC i l'acosta al del mateix encàrrec. De fet, i tenint en compte la definició ja vista de l'art. 622-21, no sembla que hi pugui haver un encàrrec sense instruccions.

D. Com a excepcions a la regla de la no-vinculació del mandant davant tercers en el cas d'**ACTUACIÓ EXTRALIMITADA** del mandatari (art. **622-22**) s'inclouen la ratificació (vid. 1727 CC), l'actuació més avantatjosa (vid. 1755 CC) i també l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies ignorada pel mandant i que el mandatari no li hagi pogut comunicar, supòsit al qual el mandant sí que quedarà vinculat quan l'actuació del mandatari s'ajusti al que raonablement el primer hauria autoritzat. En tot cas, el tercer té acció per **requerir la ratificació** del mandant en un termini raonable, i s'indica que la falta de resposta a aquest requeriment s'entén com a no-ratificació. Aquesta circumstància no ha de conduir a entendre, al meu parer, que no es produeixi en aquest cas la vinculació del mandant si es dona qualsevol dels altres dos supòsits de l'art. 622-22. Qüestió que, d'altra banda, s'ha de relacionar amb el reconeixement exprés que la ratificació no perjudicarà els drets dels tercers de bona fe (vid. 1259 CC).

E. D'acord amb l'art. **622-25**, el mandatari no pot **AUTOCONTRACTAR** amb el mandant en l'assumpte objecte de l'encàrrec, tret que hi hagi una autorització expressa o una concreció tan precisa dels termes del



contracte que eviti el risc de lesió. El mateix passa en qualsevol altre cas de **conflicte d'interessos** amb el mandant. Però no, i això és important, si tal conflicte es produeix entre dos mandants d'un mateix mandatari, ja que el número 3 d'aquest article diu que: *"el mandatari que accepta de gestionar un afer determinat per encàrrec de dos o més mandants amb interessos contraposats ha d'informar les parts d'aquest fet i actuar de manera neutral. Altrament, respon dels danys causats i perd el dret a la remuneració"*; es desprèn que és possible l'actuació d'un mateix mandatari en un contracte entre dos mandants, sense la necessitat d'una autorització expressa d'aquests. El cas és diferent del que regula l'art. **622-30**, en el qual es confereix un únic mandat per diversos mandants per a la gestió d'un assumpte d'interès comú. L'article anterior, **622-29**, regula el supòsit invers, un mandant i diversos mandataris, l'actuació dels quals es presumeix que pot ser individual si no es va pactar el contrari.

F. L'art. **622-33** estableix les causes d'**EXTINCIÓ** del mandat. La primera fa referència –després de les previstes en el títol de constitució o en la Llei– al compliment de l'encàrrec, supòsit no tan clar si tenim en compte la possible existència d'obligacions a càrrec del mandant (com la remuneració) el compliment de les quals pot estar pendent.

Un dels principals problemes que planteja l'extinció del mandat és el de la possible

validesa davant tercers de l'actuació del mandatari després de produir-se la causa d'extinció. En el CC, la regla general es troba en l'art. 1738, que exigeix per a aquesta validesa, cumulativament, que el mandatari desconegui la causa d'extinció i la bona fe dels tercers que, òbviament, no es produirà si, per una part, coneixen aquesta causa. Davant aquesta regla general, l'art. 1734 reforça aquesta protecció dels tercers quan la causa d'extinció és la revocació i el mandat s'ha donat per contractar amb tercers determinats, cas en què és suficient el desconeixement de la revocació per la seva part, encara que el mandatari sí que la coneixi.

Aquesta major protecció sembla que és, en el CCCat, la regla general per a qualsevol mandat i per qualsevol causa d'extinció. Així resulta de l'article **622-39.3**, el número 2 del qual estableix que: *"els actes que faci el mandatari abans de conèixer l'extinció del contracte són eficaços respecte al mandant i als seus hereus"*, i afegeix a continuació el número 3 que: *"si els tercers de bona fe no coneixen l'extinció del contracte, aquest fet no els afecta"*. Per tant, per a la validesa dels actes realitzats pel mandatari és suficient el desconeixement per part del tercer de bona fe, fins i tot en el supòsit que aquest mandatari sí que coneixi la causa d'extinció. Si bé és cert que del número 2, aïlladament considerat, podria deduir-se una altra cosa, el requisit de la bona fe dels tercers s'ha d'entendre sempre necessari. Així es dedueix dels treballs preparatoris elaborats



en la Comissió de Codificació, i així resulta, per al cas particular de l'extinció per revocació, del que es preveu en l'art. 622-35.2, que reproduceix la regla general, podria pensar-se que de manera innecessària.

G. Una de les peculiaritats de la regulació és la que es refereix al **PACTE D'IRREVOCABILITAT (art. 622-36)**, admissible amb la finalitat de salvaguardar els interessos legítims del mandatari o dels mandants (en plural, ja que d'aquesta pluralitat derivaria l'interès a protegir) derivats d'una relació jurídica diferent del mandat. L'extinció d'aquesta relació jurídica, o la concurrència de qualsevol altra "causa legítima", permet la revocació, l'eficàcia de la qual es condiciona al fet que, notificada al mandatari, aquest no s'oposi en el termini de quinze dies. El caràcter irrevocable del mandat fa que, per altra banda, la legitimació que deriva d'aquest a favor del mandatari es prorrogui més enllà de l'extinció del mandat quan aquesta extinció es produeix per qualsevol causa que afecti al mandant (**art. 622-38**), fet que habilitaria el mandatari a actuar fins i tot després de la mort del mandant, de conformitat amb el que es preveu, en molts casos, en el dret comparat.

CONTRACTES DE CONREU I ALTRES "SOBRE OBJECTE ALIÈ"

El Títol II del Llibre VI situa, a continuació del Capítol II, dedicat als "Contractes sobre activitat aliena", un Capítol III que titula "Contractes sobre objecte aliè". En realitat,

el legislador incorpora al Codi, adaptant-la, **la Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de conreu**, si bé, assumint que en aquesta llei es regulen alguns contractes que no són pròpiament de conreu, dedica als que sí que ho són una primera Secció, i unes Seccions segona i tercera, respectivament, al contracte de custòdia del territori, basat en l'anterior arrendament amb finalitats de conservació del patrimoni natural, i l'arrendament per a pastures.

El contracte de conreu per excel·lència és l'**arrendament rústic**, juntament al qual es regulen la **parceria i la masoveria**, tots ells subjectes a unes Disposicions generals que es contenen en els **arts. 623-1 al 623-10** i que reproduïxen els deu primers articles de la Llei. Pot ser oportú recordar algunes característiques de la regulació que s'incorpora, com també les conseqüències que es van produir de la seva entrada en vigor en relació amb els contractes existents anteriorment.

En primer lloc, cal assenyalar que, seguint l'esquema existent en la llei en relació amb el seu règim jurídic, l'**art. 623-8** diu que "els contractes de conreu es regeixen pel que estableix imperativament aquest codi, pels pactes convinguts entre les parts contractants o, si no n'hi ha, per l'ús i el costum de la comarca. Supletòriament, hi són aplicables les altres disposicions d'aquest codi." Es preveu que, per altra banda, les disposicions sobre el contracte d'arrendament s'apliquin als altres contractes de

conreu en la mesura que ho permeti la seva naturalesa (**arts. 623-8.3**).

Tot i els termes de l'**art. 623-1**, que defineix com a contractes de conreu tots aquells "qualsevol que sigui llur denominació, pels quals se cedeix onerosament l'aprofitament agrícola, ramader o forestal d'una finca rústica", és possible –com ja enuncia va l'Exposició de Motius de la Llei 1/2008, que utilitzava aquests termes– el contracte de conreu que té per objecte una finca qualificada com a sòl urbà o urbanitzable i, d'aquesta manera, l'**art. 623-27** indica que l'arrendatari no tindrà preferència adquisitiva "Si la finca no té la qualificació de rústica". L'àmbit d'aplicació de la normativa no es restringeix tampoc per raons subjectives, de manera que poden ser parts contractuals totes les persones amb capacitat per contractar (**arts. 623-5**). Sens perjudici del que s'ha dit anteriorment, determinats drets, com els d'adquisició preferent, estan reservats (**art. 623-8.2**) als que tinguin la condició de "conreador directe i personal", que la norma (**art. 623-6**) reserva a aquelles persones físiques (o comunitats de béns o societats participades majoritàriament per aquestes persones físiques) que, tot i implicar-se econòmicament en l'explotació, dediquen la major part del seu temps laboral a activitats agràries o complementàries, de les quals obtenen la seva font principal d'ingressos.

Convé recordar que, actualment, la pràctica totalitat dels contractes d'arrendament rústic, parceria o masoveria existents a Catalunya estan subjectes a la Llei 1/2008, de 20 de febrer. Els conclosos prèviament a la seva entrada en vigor ho estaven a la Llei estatal 49/2003, de 26 de novembre, d'arrendaments rústics, o els seus precedents de 1995 i 1980. No obstant això, la Disposició Transitòria de la Llei catalana de 2008 va determinar que seria aplicable a tots els contractes de conreu celebrats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei, a partir del moment que s'hagués complert el termini mínim de duració i entressin en la primera pròrroga o en alguna altra de successiva. Això afecta qüestions essencials com la durada mínima dels contractes –cinc anys en la Llei 2003 de l'Estat i set en la Llei catalana– la de la seva pròrroga –tres anys en la de l'Estat i cinc anys a Catalunya– i el dret d'adquisició preferent del conreador directe i personal, suprimit en els contractes subjectes a la Llei de l'Estat de 2003 perquè, segons l'Exposició de Motius, eren



contraris al principi de lliure circulació de la terra.

D'altra banda, les escasses novetats que el Llibre VI introdueix es refereixen, en la majoria, precisament al dret d'adquisició preferent regulat en el cas de l'**ARRENDAMENT RÚSTIC**. D'aquesta manera:

1. S'exclou aquest dret (**art. 623-27.1**) quan el negoci és una donació entre vius, davant el que establia l'art. 33 de la Llei.

2. Es complementa (**art. 623-27.3**) la norma segons la qual "en el cas de transmissió d'una finca només arrendada en part o a diferents arrendataris, el dret de l'arrendatari es limita a la part de la finca que es té en arrendament", amb dues previsions concretes:

a) la primera preveu el cas que "l'altre arrendatari no exerceixi aquest dret, supòsit en el qual el dret de l'altre arrendatari s'estén a tota la finca".

b) la segona preveu que "si la finca arrendada no es pot segregar o dividir per aplicació de la legislació sobre unitats mínimes de conreu, pot exercir aquest dret l'arrendatari que té la porció de terreny de menys extensió i, en igualtat de circumstàncies, decideix la sort."

3. S'especifica el caràcter notarial de la consignació que ha de fer l'arrendatari que exerceix el dret de tanteig (**art. 623-28.2**).

4. Es determina (**art. 623-29.2**) que els dos mesos durant els quals l'arrendatari pot exercir el retracte són els següents en el moment que tingui coneixement de l'alienació o, ara s'afegeix "o en el moment de la inscripció d'aquesta en el Registre de la Propietat, si s'ha produït abans".

En el número 4 d'aquest art. 623-29 hi ha una norma que pot resultar confusa quan diu que: "tant si hi ha dret de tanteig i retracte com si no n'hi ha, per inscriure en el Registre de la Propietat el títol d'adquisició d'una finca rústica arrendada, s'ha de justificar que s'ha notificat fefaentment a l'arrendatari". Era més clar el seu precedent de l'art. 35.3 de la Llei, que exigia la notificació "en qualsevol cas, encara que l'arrendatari o arrendatària no tingui dret d'adquisició preferent en no ésser conreador directe i personal". Aquesta sembla que és la interpretació correcta de la norma, si bé pels termes utilitzats podria entendre's exigible

la notificació fins i tot en els casos exclosos d'aquesta preferència adquisitiva per raó del negoci formalitzat (donació) o de la condició no rústica de terreny.

S'ha de recordar que, d'altra banda, la Llei 9/2011, de 29 de desembre, de promoció de l'activitat econòmica, va deixar sense contingut els articles 43 i 44 de la Llei que regulaven un dret d'adquisició preferent a favor de la Generalitat, subsidiari al dels arrendataris i dels confrontants, en qualsevol alienació de finques rústiques o explotacions agràries.

A diferència de l'arrendament rústic, en el qual la renda no pot consistir en una quantitat alíquota dels fruits –sí en una quantitat determinada d'aquests, **ex art. 623-12**– en el contracte de **PARCERIA** la contraprestació a càrrec del parcer és precisament una participació en els fruits obtinguts, no necessàriament proporcional a la participació en l'explotació de la finca (**art. 623-30**). I mentre que l'arrendament rústic o en la parceria el contracte no s'estén a l'habitatge que hi ha a la finca, llevat de pacte en contrari (**art. 623-3**), en la **MASOVERIA** habitar el *mas* és, precisament, una obligació derivada del contracte (**art. 623-33**), sense que el masover hagi de pagar per aquest fet cap contraprestació.

El nou contracte de **CUSTÒDIA DEL TERRITORI**, regulat en l'art. 623-34, substitueix les previsions contingudes en els arts. 6 i 40 de la Llei en relació amb aquells contractes a favor de determinades entitats dedicades a la custòdia del paisatge rural o agrícola, a la cura de la biodiversitat en el territori rural o al manteniment del patrimoni cultural de les terres rurals. En la Llei es consideraven impròpiament contractes de conreu i se'ls aplicava el règim dels arrendaments rústics si les parts no acordaven una altra cosa, i "d'acord amb la legislació ambiental, urbanística o paisatgística corresponent". Al mateix temps, s'establia que aquestes entitats gaudien dels drets específics que es reconeixien al conreador directe i personal.

Aquestes previsions s'intenten aclarir, amb un èxit discutible, en el Llibre Sisè, que regula un contracte específic, de caràcter temporal, en el qual les respectives contraprestacions són la cessió total o parcial de l'ús o la gestió de l'immoble a canvi de la realització "d'activitats d'assessorament, de divulgació, de planificació o de gestió i millora, amb la finalitat de conservar la biodiversitat, el patrimoni natural i cultural i el



paisatge o de fer una gestió sostenible dels recursos naturals". No és necessari, en contraposició a l'anterior regulació legal, que l'entitat cessionària tingui ànim de lucre.

En qualsevol cas, els perfils del contracte no resulten dibuixats de forma suficient en la norma, que literalment es remet, pel que fa a la determinació de les obligacions de les parts i al seu incompliment, la durada de les garanties, al que lliurement estipulin aquelles, i és possible que el dret del cessionari es pugui configurar com obligacional o real "si en compleix, en aquest cas, els requisits que estableix la Llei". Els antecedents de la norma semblen configurar aquestes activitats a càrrec de l'entitat cessionària com a interès públic, per la qual cosa la motivació que pugui tenir el propietari en un immoble en realitzar aquesta cessió pot ser molt limitada, si en el contracte no s'incorpora algun tipus de contraprestació addicional, com l'assumpció de despeses de conservació i manteniment, o s'estimula amb algun tipus d'incentiu fiscal. D'altra banda, no es dedueix dels termes legals quines activitats empara o exclou aquest "ús o gestió" que és objecte de cessió, quines poden ser objecte d'aquesta, i quines quedarien en l'esfera de les del propietari.

Finalment, l'**art. 623-35** regula l'**ARRENDAMENT PER A PASTURES**, reproduint el contingut de l'art. 41 de la Llei, i afegint que aquest contracte es regirà pel que lliure

rement hagin convingut les parts o, en defecte de pacte, per les normes de l'arrendament rústic, en allò que siguin compatibles.

CONTRACTES DE PRESTACIONS PERIÒDIQUES : VIOLARI, CENSAL I CONTRACTES D'ALIMENTS

El CCCat incorpora al Llibre Sisè, amb algunes modificacions, les figures del violari i el censal regulades anteriorment en la Llei 6/2000, de 29 de juny, de pensions periòdiques. Al costat d'aquestes figures s'inclou ara, també, el contracte d'aliments, la regulació del qual, ens diu el Preàmbul, "es deriva de l'article 237-14 del Llibre Segon, de la lletra d de la part III del preàmbul de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del Llibre Segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i família, i de l'article 4.3 de la Llei 22/2000, del 29 de desembre, d'acolliment de persones grans", figura de la qual es prescindeix per manca d'arrelament pràctic.

El violari i el contracte d'aliments s'inclouen en el Capítol IV del Títol II, referent als "Contractes aleatoris", aleatorietat que deriva del fet que la durada de l'obligació periòdica està lligada a la vida de determinada o determinades persones. En el censal, que es regula en un Capítol VI, relatiu als "Contractes de finançament i de garantia" –fent referència a la que va ser la finalitat clàssica de la figura– aquesta obligació té una durada indefinida.

D'altra banda, hi ha evidents similituds –encara que també diferències– entre els tres contractes, en els quals una persona, a canvi d'un capital –llevat en el violari constituït a títol gratuït– s'obliga davant una altra a una determinada prestació periòdica en el temps. Això justifica el seu examen conjunt, que pot fer-se tractant els aspectes següents:

1. Beneficiari de la pensió o aliments

El beneficiari de la pensió o dels aliments ha de ser una persona física. Encara que aquesta especificació només es faci expressament en el cas del VIOLARI (art. 624-4), resulta implícita en la mateixa naturalesa del CONTRACTE D'ALIMENTS i, generalment, també s'ha entès aplicable al CENSAL, en relació amb el qual la norma (art. 626-1), estableix que els beneficiaris seran "una persona i els seus successors".

2. L'obligació a càrrec del pagador. La seva transmissibilitat

En el VIOLARI (art. 624-1) i en el CENSAL (arts. 626-1 i 626-3) està constituïda pel pagament d'una pensió o prestació periòdica en diners (concreció que és una novetat en la regulació del censal). En el CONTRACTE D'ALIMENTS (art. 624-8), l'obligació consisteix a "prestar allotjament, manutenció i tot tipus d'assistència i cura a una persona durant la seva vida, llevat que s'hagi pactat un altre contingut", de la qual es dedueix la possibilitat que se substitueixi aquesta obligació pel pagament d'una renda. Aquesta substitució o commutació pot ser ordenada per l'autoritat judicial a sol·licitud de qualsevol de les parts en el cas de discrepàncies entre aquestes, o quan la prestació d'aliments s'ha transmès als hereus de l'obligat a prestar-la (art. 624-10).

En el cas de defunció del pagador o del beneficiari, la **transmissibilitat** de l'obligació del primer i del dret del segon segueix regles diferents, derivades de la diferent finalitat i característiques pròpies de cada contracte.

- En el VIOLARI, és determinant el fet que la durada de l'obligació de pagament de la pensió està vinculada a la vida d'una o de diverses persones (arts. 624-1 i 624-3), la qual cosa implica:

a) Que si aquestes persones viuen i mor el pagador, la seva obligació es transmetrà als hereus d'aquest, llevat que, lògicament, sigui ell mateix la persona la vida de la qual està vinculada a la durada de l'obligació, ja que la seva defunció donarà lloc a l'extinció de l'obligació.

b) Que si qui mor és el beneficiari, el seu dret es transmet als seus successors. Com a excepció, si el violari es constitueix a títol gratuït, el constituent pot determinar expressament que el beneficiari no pot transmetre la pensió (art. 624-2.2).

- En el CENSAL, la naturalesa indefinida de l'obligació de pagament fa que aquesta es transmeti als hereus de l'obligat. De la mateixa manera, el dret al cobrament de la pensió es transmet als successors del beneficiari inicial, tal com resulta de l'art. 626-1. Alguns autors han entès que aquesta referència als "successors" permetrà, fins i tot, una transmissió *inter vivos*.

- Pel que fa al CONTRACTE D'ALIMENTS, l'art. 624-11 estableix que, quan la persona que presta els aliments mor, l'obligació es transmet als seus hereus (supòsit que implica que entri en joc la regla de la possible commutació judicial per una renda en diners). D'altra banda, el mateix article segueix dient que el dret de la persona que rep els aliments és intransmissible i s'extingeix per la seva mort o declaració de defunció.

3. Contraprestació a l'obligació del pagador

El VIOLARI es pot constituir a títol gratuït o oneros (art. 624-2). En aquest cas la contraprestació a l'obligació de pagament de la pensió estarà constituïda per l'entrega d'un capital de **béns mobles o immobles**. El CENSAL i el contracte d'ALIMENTS són, necessàriament, onerosos (a diferència del que, respecte del censal, semblava deduir-se de l'art. 5.2 de la Llei), ja que l'obligació de pagament de la pensió o aliments té, necessàriament, una contraprestació, que consistirà en la transmissió de la "propietat de **béns concrets o d'una quantitat determinada de diners**" (art. 626-1) i "d'un capital en **béns o drets**" (art. 624-8), respectivament. Atesa la generalitat dels termes utilitzats ("béns mobles o immobles", "béns o drets") es pot dir que també en el violari i en el contracte d'aliments es pot estipular que la contraprestació consisteixi en un capital o en diners.

L'art. 624-4.5 estableix que en el VIOLARI la contraprestació es pot constituir a càrrec d'una persona diferent del beneficiari de la pensió. En aquest cas, es tractaria d'un contracte amb una estipulació a favor de tercer, la designació del qual pot ser revocada per l'estipulant abans de ser acceptada, en el mateix sentit que el que es preveu en l'art. 1257.2 CC. En canvi, aquesta possibilitat de configurar el pagament de la pensió o prestació com una estipulació a favor de tercer no apareix expressament prevista en la regulació del CENSAL ni en la del CONTRACTE D'ALIMENTS. No obstant això, se'ns diu que aquest pagament o prestació s'hauran de fer, respectivament, "a una persona i als seus successors" (art. 626-1) i a "una persona" (art. 624-8), sense concretar que aquesta persona hagi de ser qui va transmetre el capital al pagador, per la qual cosa es podria deduir que pot ser un tercer aliè al transmissor.



4. Garanties

El CCCat estableix, de manera probablement innecessària, però segueix dient el que ja està previst en la Llei, la possibilitat de constituir una garantia personal o real de l'obligació de pagament de la pensió o prestació d'aliments. A més, en la regulació de cadascun dels contractes hi ha una referència concreta que aquesta garantia pot ser una hipoteca, amb una remissió en aquest cas a la legislació hipotecària i als arts. 569-37 i 569-38 CCCat, i amb una menció expressa a la possibilitat que, en el cas de venda de la finca hipotecada, es pot pactar la subrogació del comprador en l'obligació garantida, amb l'alliberament del deutor des que el creditor la consenti. De la mateixa manera, els arts. 626-3.4 i 624-9.2 es refereixen a la condició resolutòria en relació amb el VIOLARI i el CONTRACTE D'ALIMENTS, fet que no passa en regular el CENSAL, potser pel caràcter indefinit de l'obligació. Al meu parer, aquesta circumstància no hauria de ser un obstacle per al pacte de condició resolutòria, si s'estableix una durada determinada, com s'haurà de fer en el cas de la hipoteca.

L'art. 624-6 preveu per al VIOLARI que, en el cas d'impagament reiterat, es pugui sol·licitar a l'autoritat judicial que adopti les mesures de garantia necessàries per garantir el pagament de les pensions futures; i afegeix, respecte del seu antecedent legal que, si no es constitueixen les garanties en el termini de tres mesos, es pugui sol·licitar la resolució del contracte. És important dir que la norma ara aclareix (com fa també per al CENSAL l'art. 626-6.2) que la resolució del contracte no comporta la devolució de les pensions percebudes, previsió que potser no hauria sobrat que s'inclougués.

En relació amb el CONTRACTE D'ALIMENTS, almenys en el cas que l'obligació del pagador s'hauria commutat per una quantitat de diners.

Finalment, cal dir que en la regulació del CENSAL es manté l'anomenat pacte de millora, que obliga el pagador de la pensió a constituir garantia dins el termini estipulat (o a millorar la ja constituïda), amb la sanció d'haver de restituir el capital rebut.

5. Extinció

Com s'ha vist anteriorment, mentre en el CENSAL l'obligació del censatari és indefinida, el VIOLARI i el CONTRACTE D'ALIMENTS



tenen una durada indefinida que es vincula a la vida del creditor de la pensió o perceptor de la prestació d'aliments o, en el cas del violari, a la vida del pagador, del constituent, o d'una o diverses terceres persones.

No obstant això, el CENSAL –i també en el VIOLARI–, es pot extingir per la redempció, que implica la devolució íntegra del capital, en principi al constituent o als seus successors. En el cas del CENSAL es pot pactar la no-redempció temporal, aplicant els límits establerts per als censos (art. 562-12.3). En canvi, no es preveu la redempció parcial que, subjecta a la conformitat del censalista, preveia l'art. 9.3 de la Llei.

MODIFICACIONS INTRODUÏDES PER LA LLEI 3/2017 EN ALTRES LLIBRES DEL CODI CIVIL

Les disposicions finals de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, primera del Llibre Sisè, introdueixen algunes modificacions en altres llibres del CCCat, moltes motivades per la intenció d'adaptar el seu contingut a la nova normativa sobre jurisdicció voluntària.

El **LLIBRE SEGON** és el que rep el major nombre de modificacions. En el cas de la **SEPARACIÓ O DIVORCI**, la regulació del qual s'adapta a la possibilitat, si no hi ha fills menors o amb la capacitat modificada judicialment que depenguin d'ells, que els cònjuges formalitzin el conveni (art. 233-2), com també la seva possible modifica-

ció posterior, (art. 233-3) davant Notari o Lletrat de l'Administració de Justícia (LAJ). De manera paral·lela, aquesta possibilitat s'estén a l'àmbit de la **PARELLA ESTABLE** en relació amb els pactes aconseguits després del cessament de la convivència, si no hi ha fills comuns que depenguin dels convivents (art. 234-6.3; sembla que ha estat un descuit no haver exigít també la inexistència de fills "amb la capacitat modificada judicialment que depenguin d'ells", com passa en el matrimoni). Com a conseqüència d'això, tots aquells articles (també en altres llibres del CCCat) que contenien alguna referència a la "separació judicial", aquesta s'ha substituït per la **SEPARACIÓ LEGAL**, que comprèn aquella acordada pel Jutge, com les que es tramiten davant Notari o davant de LAJ.

També es modifiquen aquells articles relatius a **FUNCIONS QUE PASSEN A SER ASSUMIDES PEL LAJ**, per exemple, la concessió de la pròrroga del termini per a la formació d'inventari pel tutor (art. 222-21) i en els diferents supòsits de nomenament de defensor judicial (arts. 224-1a 224-3, reiterats en l'àmbit de la tutela, art. 222-29, i curatela, art. 223-7).

L'art. 233-24 introdueix una norma explicativa que es reconeix com a causa d'extinció del DRET D'ÚS ATRIBUÏT EN EL CAS DE NUL·LITAT, DIVORCI O SEPARACIÓ a l'acord entre els cònjuges i la renúncia del cònjuge beneficiari.

En la regulació de les **PRESUMPCIONS DE FIL·LIACIÓ**, desapareix la que es preveia

en l'**art. 235-5.3**, segons la qual si, en els tres-cents dies següents a la dissolució o a nul·litat la mare s'havia tornat a casar, es presumia que els nascuts després de la celebració d'aquest matrimoni eren fills del segon marit.

Pel que fa a la CAPACITAT D'OBRAR, l'**art. 211-3** inclou ara un número 4 que estableix que "l'autoritat judicial s'ha de pronunciar expressament sobre la capacitat per exercir el dret de sufragi quan declari la modificació de la capacitat d'una persona, d'acord amb el que estableix la legislació processal i la de règim electoral" (la substitució del terme "incapacitat" pel de "capacitat judicialment modificada" també es preveu en el Llibre Primer en referir-se a la prescripció, **art. 121-16**).

Hi ha algunes modificacions en l'àmbit de l'EMANCIPACIÓ, com són:

- La desaparició de la referència a l'emancipació per matrimoni, en la línia del que es disposa en l'**art. 48** del CC després de la reforma operada per la Disposició Final Primera de la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària. Abans d'aquesta modificació, l'**art. 46** CC ja deia, com ara, que "no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados", però l'**art. 48** permetia contraure'l als majors de 14 anys, si obtenia la dispensa judicial. Aquesta possibilitat va desaparèixer amb la reforma de la LJV. En conseqüència, el CCCat només preveu en l'**art. 211-8**, com a úniques formes d'emancipació, el consentiment dels qui exerceixen la potestat parental o tutela i la resolució judicial. No obstant això, a diferència del CC (**art. 314**), segueix sense considerar "la majoria d'edat" com una forma d'emancipació.

- D'altra banda, s'igualava la situació jurídica del menor emancipat que conviu en parella estable amb la del menor casat –en ambdós casos amb una persona plenament capaç– de manera que, de la mateixa manera que passa en aquest últim cas:

a) No s'haurà de posar el menor en curatela en el cas que els progenitors hagin mort ho hagin quedat impeditos per exercir

l'assistència prescrita per la Llei (**art. 223-1.1**);

b) El complement de capacitat pels actes establerts per l'**art. 211-12** es pot obtenir mitjançant l'assistència del convivent major d'edat (**art. 211-7**):

c) La curatela imposada a l'emancipat s'extingeix (**art. 233-9**) en el cas de convivència en parella estable amb una persona plenament capaç.

En el **LLIBRE QUART**, destaquen l'atribució al Notari de la competència per a l'adveració del **TESTAMENT HOLÒGRAF (art. 421-17 a 421-19)** i sobretot –pel seu perfil gairebé jurisdiccional– les que, compartides amb el LAJ, s'atribueixen al MARMESSOR, que inclouen l'apreciació de la justa causa que es fonamenta l'excusa que per continuar en el càrrec que presenti el marmessor després d'haver-lo acceptat (**art. 429-4.1**), la fixació d'un termini per al compliment de l'encàrrec (**art. 429-13**) i, fins i tot, el nomenament de marmessors datius si no queden marmessors testamentaris (**art. 429-15**).

També és important, per resoldre els dubtes plantejats amb vista a la coordinació amb la Llei de Jurisdicció Voluntària, l'aclariment de la competència notarial exclusiva pel tràmit de la "INTERPELLATIO IN IURE" (**art. 461-12**) i la formació d'inventari en l'ACCEPTACIÓ A BENEFICI D'INVENTARI (**art. 461-15**).

L'obligació dels cohereus al sanejament per vicis ocults i evicció dels béns adjudicats en la PARTICIÓ DE L'HERÈNCIA queda substituïda (**art. 464-11**) per la garantia de conformitat, regulada en la compravenda en el Llibre Sisè.

Aquesta mateixa substitució es conté en el **LLIBRE CINQUÈ** en regular la RESPONSABILITAT DEL DONANT EN RELACIÓ AMB ELS BÉNS DONATS (**art. 531-13**) i dels COMUNERS EN L'EXTINCIÓ DE CONDOMINI (**art. 552-12**).

Les altres modificacions contingudes en el Llibre Cinquè són:

- La inclusió del DRET DE REDIMIR EN LA VENDA A CARTA DE GRÀCIA com un dels drets d'adquisició voluntària als quals es refereix l'**art. 568-1**, i la introducció d'una nova Secció (**arts. 568-28 a 568-32**), on s'incorpora el contingut dels arts. 326 a 328 de la Compilació, on es conté la regulació d'aquest dret i destaca la reducció dels terminis màxims pel seu exercici, que passen a ser de 20 anys en cas de immobles i de 3 anys en cas de mobles (30 i 6, respectivament, en la Compilació). En relació amb l'exercici del dret a redimir, poden aparèixer alguns dubtes a l'hora de determinar qui és la persona obligada a consignar el preu en el cas d'existència de càrregues o gravàmens posteriors, o l'autèntica eficàcia, en l'àmbit dels arrendaments urbans, de la norma de resolució dels "arrendaments notòriament onerosos que hagi fet el propietari" (**art. 568-32**).

- La supressió de la segona subhasta en l'execució del DRET DE RETENCIÓ, tant de béns mobles (**art. 569-7.3**) com d'immobles (**art. 569-8.3**) i del DRET DE PENYORA (**art. 569-20.d**).

- La polèmica introducció d'un nou número 2 en l'**art. 569-28**, relatiu a la CESSIÓ DEL CRÈDIT HIPOTECARI, que estableix que "el titular d'un crèdit o préstec hipotecari que transmet el seu dret ho ha de notificar fefaentment al deutor i, si escau, al titular registral del bé hipotecat, com a pressupòsit per a la legitimació del cessionari, i ha d'indicar el preu convingut o el valor que es dona al dret i les condicions essencials de la cessió. La renúncia del deutor a la notificació en qualsevol moment és nul·la."

La norma planteja importants dubtes, tant en relació amb el seu abast (extensió o no a las cessions de carteres de crèdit); consideració o no d'aquesta notificació com a requisit per la inscripció de la cessió) com en relació amb la regulació de la transmissió de crèdits i altres drets incorporals continguda en el CC, que es podria considerar no aplicable a Catalunya si s'entén que és una matèria sotmesa a la nova regulació de la compravenda.

El control de la titularitat real de les persones jurídiques: cosa que veig, cosa que desitjo



José Alberto Marín Sánchez
Vicedegà del Col·legi de Notaris de Catalunya

Al meu parer, el control de la titularitat real de les persones jurídiques, en els darrers mesos, ha estat objecte d'una polèmica innecessària i artificial. En la lluita contra el blanqueig de capitals i el finançament del terrorisme és fonamental saber en cada moment qui té el control de totes i cadascuna de les persones jurídiques que poden pretendre crear opacitat en aquest aspecte.

Aquesta polèmica és innecessària, ja que **el sistema vigent funciona amb un nivell d'eficàcia més que acceptable** i artificial perquè ha estat provocada per un altre cos de funcionaris, els registradors, que, com veurem, només d'una manera molt forçada se'ls podria encomanar aquesta tasca. I, tot això, amb la inestimable i imprescindible ajuda ministerial, mitjançant la publicació d'una Ordre pròpia d'altres temps corporativistes.

Pedro Rincón, que és un autèntic especialista en la matèria, publica en aquest

mateix número un article demolidor en el qual, des del punt de vista fonamentalment tècnic, dinamita tots i cadascun dels arguments que esgrimeixen els registradors per intentar atribuir-se aquest control. En aquesta tribuna afrontaré el **tema des d'un punt de vista més polític que tècnic**.

Per tenir una visió global del tema és necessari no oblidar els **antecedents històrics més recents**.

Trobar-se al final d'una segona legislatura de mandat registral en les més altes institucions de l'Estat sense pràcticament obtenir cap avenç en la seva forma de desenvolupar la funció posa nerviosos els registradors. La Llei de jurisdicció voluntària, la Llei del registre civil, la Llei del cadastre i tantes altres no aconsegueixen plasmar en els seus textos el pretès Superregistre, aquest Gran Germà en el qual havien de confluïr totes les dades personals i patrimonials de tots els ciutadans. **La reacció de la**

ciutadania, dels operadors jurídics i dels altres partits polítics va impedir la creació del gran Registre Civil impulsat pels registradors. Aquest fet va provocar no només la frustració en les seves files, sinó també ansietat per finalitzar el seu mandat, que veien proper, amb algun èxit de certa transcendència.

Un cop vist que les grans estratègies no aconseguien superar les crítiques i l'oposició dels operadors i dels grups polítics, van decidir tornar al vell estil, la **legislació de "baixa intensitat"**, a l'estil Romanones, però fins i tot sense acord del Consell de Ministres, com exigiria un reglament. Ordres ministerials i instruccions són dos instruments reguladors que no requerien passar pel filtre dels no-convençuts.

Però calia ser curós i encertat amb l'objectiu. Quedava poc temps i no es podien equivocar.

La pregunta que es van fer va ser: què ens pot fer gairebé imprescindibles en el tràfic jurídic societari? I la resposta va ser òbvia: el control de les titularitats reals. Serà un miniregistre comparat amb el superregistre que volien imposar, però aquest miniregistre tindrà una transcendència legal i social de tal magnitud que justificarà qualsevol intent per aconseguir-lo.

El modus operandi és senzill. Ordre ministerial. Es dicta l'OM JUS/319/2018, l'objectiu de la qual és la regulació de la presentació dels comptes anuals de les societats mercantils i s'inclou una nova exigència que consisteix, ni més ni menys, que en el moment de presentar els comptes s'ha d'incloure, entre els documents necessaris, una declaració responsable dels titulars reals de l'entitat. Ni tan sols se sotmet la norma a informe del Consell General del Notariat per evitar obstacles, que pràcticament en té coneixement amb la seva publicació en el BOE.

L'objectiu és aconseguir una competència que, sobre la base de la normativa legal vigent, correspon als notaris. I es fa d'una manera basta, ineficient i que pot posar en perill l'eficàcia de la lluita contra el blanqueig de capitals i el finançament del terrorisme.

L'objectiu és aconseguir una competència que, sobre la base de la normativa legal vigent, correspon als notaris. I es fa d'una manera basta, ineficient i que pot posar en perill l'eficàcia de la lluita contra el blanqueig de capitals i el finançament del terrorisme. El segon pas seria la inscripció obligatòria en el Registre Mercantil de les transmissions d'accions i participacions socials, amb el consegüent cost transaccional i publicitat no desitjada pels inversors. En aquesta línia es mou una altra norma reglamentària, el projecte de nou Reglament de Registre Mercantil.

Com no podia ser d'una altra manera, l'esmentada Ordre Ministerial ha estat recorreguda pel Consell General del Notariat. Tal com argumenta el CGN, la seva illegalitat sembla òbvia, tot i que els tribunals no han concedit la mesura cautelar de suspensió sol·licitada. Per tant, n'és inevitable



l'aplicació en la presentació immediata dels comptes.

Després de la publicació d'aquesta OM ha vingut una **intensa companya mediàtica de desprestigi de la Base de Dades de Titularitat Real que duu a terme el Notariat** des de març de 2012 i que ha estat fonamental en la lluita contra el blanqueig de capitals aquests últims anys amb un nivell d'eficàcia altíssim. És evident l'interès per eliminar una base eficient i actualitzada a l'instant per una altra d'incipient i estàtica.

Però la pregunta és: **i l'interès general de la societat? Se n'han preocupat o no més s'han preocupat dels seus interessos corporatius?**

La resposta també sembla evident. Per més arguments que vulguin esgrimir els registradors xocaran amb una **realitat** que els persegueix en cada reforma normativa que propugnen: **el Notari és el que està present a l'hora de la veritat, el que documenta l'operació en temps real, el que té davant els atorgants, el que veu els mitjans de pagament, el que pot observar les circumstàncies de l'atorgament. Aquesta immediatesa és vital en aquesta matèria i la informació a l'instant, encara més.**

En la lluita contra el blanqueig de capitals, és útil per a la societat substituir la BDTR notarial per inscripcions registrals que tenen un cost molt més elevat i es produeix força temps després de l'atorgament?

És eficient que es faci càrrec d'aquest control societari una institució per les mans de la qual passa només un percentatge molt baix de persones jurídiques? No oblidem que fundacions, associacions, cooperatives i moltes altres formes de persona jurídica no tenen cap relació amb la institució registral.

És necessari que es creï *ex novo* el que ja s'ha creat i funciona i es crea sabent que el seu contingut serà sensiblement més reduït i la seva actualització i rigor temporal incompatible amb les exigències de rigor d'aquesta matèria?

Al final s'ha d'arribar a la conclusió que **als Registradors els agrada molt com actuem els Notaris, tant que volen fer el mateix que nosaltres.** Quan el Notariat va ser conscient de la gravetat del problema de la lluita contra el blanqueig de capitals va crear aquesta BDTR que ha rebut milions, sí, milions de consultes, i que ha estat d'una ajuda inestimable per als òrgans jurisdiccionals, forces de seguretat de l'Estat, Agència Tributària i Sepblac. Però el camí no és triturar el que funciona i voler implantar un sistema que, inevitablement, serà menys eficient. **El camí és buscar vies de col·laboració per perfeccionar l'existent.** Criticar la BDTR amb la crueltat que s'ha fet només afavoreix els que estan al marge de la llei que veuen com dues institucions que han d'estar en primera línia col·laborant amb les mateixes autoritats es tiren els plats pel cap i perden energies. Els Registradors



han d'assumir les bondats de la BDTR i estudiar com col·laborar amb el sistema existent sobre la base del diàleg. El fet d'haver privat al Notariat d'evacuar el tràmit d'informe del projecte d'Ordre Ministerial és significatiu.

El sistema vigent de seguretat jurídica preventiva a Espanya, basat en Notaris i Registradors, és dels millors del món sense cap mena de dubte. Evidentment és millorable, però qualsevol progrés passa per no alterar l'estatus de cada funció. I hi ha activitats que només pot realitzar el que es troba en la trinxera, no en la rereguarda.

La majoria de Notaris i Registradors de Catalunya, i segurament d'Espanya, coincideixen que el model bàsicament és eficient i que s'ha de mantenir la millor relació entre ambdues institucions per aconseguir beneficiar a la ciutadania amb un servei més útil i amb un major valor afegit.

La lluita contra el blanqueig de capitals no pot ser un quadrilàter on es barallin els vigilants ovacionats pels vigilats. Hi ha moltíssim en joc. Per tant, seria important que el nou equip ministerial fos conscient d'aquesta realitat i adoptés les mesures necessàries per avançar eficientment. **Cadascú al seu lloc, però col·laborant per l'interès general.** Correspon al Notari formalitzar i controlar la legalitat dels negocis jurídics i facilitar la informació que té de primera mà per a que sigui aprofitada pels

altres organismes nacionals i internacionals en aquesta batalla contra la delinqüència organitzada. També correspon al Registrador controlar la legalitat i fer publicitat dels negocis la inscripció dels quals està prevista en les lleis. Per això és absurda aquesta pretensió d'un sector registral de negar als Notaris el control de la legalitat dels negocis en els quals intervé, ja que això només beneficia al que pretén actuar al marge de la Llei, i encara més intentar substituir una base de dades com la notarial per aquest registre pretès.

Per si això fos poc, hem de tenir en compte un altre aspecte important, que és el de la protecció de dades. La BDTR és una base a la qual només poden accedir els "subjecte obligats" per la legislació de blanqueig (curiosament els Registradors no ho són) i les autoritats competents. Això últim, juntament amb el caràcter secret del protocol, permet que l'empresari o inversor mantingui l'anonimat i, al mateix temps, que es pugui conèixer el seu control de la societat per qui legalment ho necessita. En canvi, els registres són públics i qualsevol persona, qualsevol, amb un mínim interès legítim, que gairebé sempre el tindrà, podria conèixer la composició accionarial de les companyies. Aquest fet ha estat denunciat per confederacions d'empresaris importants.

A tall de resum: Qui és sabater que faci sabates! Cadascú en el seu àmbit i entre els dos donar seguretat jurídica preventiva eficient que és el que necessita la societat.

Realment ens hauria de preocupar la col·laboració en el perfeccionament del sistema.

(...) hem de tenir en compte un altre aspecte important, que és el de la protecció de dades. La BDTR és una base a la qual només poden accedir els "subjecte obligats" per la legislació de blanqueig (curiosament els Registradors no ho són) i les autoritats competents.

No estaria de més que es permetés l'accés directe dels Notaris a la informació registral, encara que fos de manera mediatitzada, **i s'eliminés aquest instrument que ja és difícil de comprar com és el fax i que tanta inseguretat produeix.** I tampoc estaria de més que s'establís una estratègia per evitar que **la ignorància i eufòria dels "blockchainers" posés en perill un sistema que funciona i que dona seguretat a les inversions.** No es tracta de rebutjar els avanços tècnics, sinó de no caure en la trampa de pensar que un dels dos operadors, Notaris o Registradors, podrien sobreviure sense l'altre aplicant aquestes noves tecnologies. I podríem afegir més **objectius comuns.** Però hem de tornar a la qüestió que ens ocupa. Les Directives comunitàries exigeixen l'existència d'una base de dades o registre públic que garanteixi la interconnexió entre els diferents registres de cada Estat.

La BDTR compleix tots els requisits exigits per aquesta normativa i en permet la interoperativitat, i és gestionat i alimentat per subjectes obligats com són els Notaris que actuen i informen a l'instant quan es produeix el canvi de titularitat registral. **És necessari seguir millorant el sistema, però evidentment "aquest sistema", la BDTR, i no cap altre que es crea des de zero i que en cap cas tindrà la quantitat, ni la qualitat, ni la immediatesa que ofereix la base notarial.**

Immigració i igualtat de drets



Joan Carles Ollé Favaró
Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya

En menys de dues dècades Catalunya- i el conjunt de l'Espanya- ha passat de tenir un índex d'immigració residual, del voltant d'un dos per cent, a ésser un dels territoris amb més immigració de tota Europa, amb prop del catorze per cent del total de la població. Aquesta darrera dècada el percentatge s'ha mantingut estable però en l'anterior el creixement fou espectacular, gairebé únic al món. Tot i que no som un país xenòfob o racista (no hi ha cap partit polític rellevant que defensi aquesta ideologia i al capdavant les formacions polítiques representen la societat), **aquest creixement vertiginós del fenomen migratori sí que ha provocat determinats problemes i un**

fort debat polític i jurídic al nostre país per tal de donar respostes als nous reptes.

La globalització i altres fenòmens com les guerres, la pobresa i la fam, o fins i tot el canvi climàtic, accentuaran en el futur cada cop més els moviments migratoris. No hem d'oblidar que tots som potencialment immigrants, sovint ahir ho era la generació dels nostres pares i avui ho és la dels nostres fills universitaris. Curiosament la forta pressió immigratòria actual només s'explica perquè **el model europeu**, tan qüestionat des del si de la pròpia UE, **és percebut des d'altres continents com un model de prosperitat i llibertat**. És nedar una mica a contracorrent ara, però Europa

només podrà avançar amb força des dels valors de l'humanisme, la solidaritat, els drets humans i el respecte al diferent. Un **objectiu clau** a mig termini és **assolir el consens polític entorn una normativa comuna que reguli, controli i racionalitzi l'arribada d'immigrants**, d'altra part inevitable i, fins i tot, necessària, com afirmen els especialistes, per contrarestar la davallada demogràfica i mantenir la viabilitat del lloctat estat del benestar europeu.

En els Estats Socials i Democràtics el Dret és un factor d'integració i de cohesió, de garantia d'igualtat i de protecció dels drets individuals de les persones, sense discriminacions per raó del seu origen, raça o

religió. És molt el que els juristes podem aportar en el camp de la immigració: ens pertoca deixar al marge la legítima controvèrsia política i cercar solucions jurídiques als problemes concrets de les persones que es troben en el nostre país. En aquesta línia, els dies 13, 14, 20 i 21 del passat mes de març es van celebrar unes **Jornades sobre immigració organitzades pel Col·legi de Notaris i la Fundació dels Notaris de Catalunya**, on es va convocar a alguns dels més destacats representants del món de les Universitats del conjunt de l'Estat, de l'Administració i d'institucions del tercer sector. S'hi van analitzar les principals matèries en l'àmbit del dret internacional públic i privat. Temes de màxima actualitat com el dret d'asil, la circulació de ciutadans de tercers països en el si de la UE, la sostracció internacional de menors, el reglament europeu de Successions i el certificat successori o els nous reglaments comunitaris de règim econòmic matrimonial i efectes matrimonials d'unions registrades.

Les sessions van posar de relleu **algunes qüestions no resoltes**, com la situació de desemparament i fracàs personal en que es troben els joves immigrants orfes quan assolixen la majoria d'edat i surten de l'aixopluc de les institucions tutelars, o els problemes dels matrimonis homosexuals quan es traslladen a viure a tercers països de la mateixa UE que no reconeixen aquests matrimonis. Una primera resposta a aquest darrer problema ha vingut donada pel TJUE que, en sentència de 5 de juny de 2018, ha entès que la Directiva 2004/38 CE que regula l'exercici de la lliure circulació dintre de la EU conté un concepte neutre de "cònjuge", que no distingeix entre parelles heterosexuales o homosexuals als efectes de la protecció jurídica derivada d'aquesta normativa. En aquest cas es tractava d'una parella homosexual entre un ciutadà romanès i un altre d'EUEU, casats a Brusel·les d'acord amb la legislació belga que autoritza aquest matrimoni, parella que després es volgué establir a Romania, que prohibeix el matrimonial homosexual. La sentència, en el marc de la Directiva, obliga a aquest país a reconèixer el dret de lliure circulació i a concedir el permís de residència al ciutadà del tercer país.

En el camp dels principis i els valors inspiradors, una conclusió diàfana dels especialistes és que, en la mesura que

sigui possible legalment, **és fonamental donar un tracte igual a l'immigrant establert al nostre país que al nacional**. El tractament especial, fins i tot amb voluntat de protecció, acaba essent discriminatori. Constatat internacionalment un cert fracàs dels models comunitarista i multicultural, el consens acadèmic al nostre país actualment gira en torn de les **polítiques interculturals**: més que d'integració cal parlar i treballar en el diàleg, el contacte i la barreja entre cultures i nacionalitats. I una segona gran recomanació s'imposa: es fa **imprescindible que, al marge de les polítiques de les diferents Administracions, les Institucions de la societat civil s'impliquin activament** en actuacions de responsabilitat social enfront d'un fenomen que és cabdal en la nostra societat.

A Catalunya tenim una impressionant xarxa d'entitats que des de fa força anys estan treballant molt i molt bé en el camp de la immigració. Institucions com Caritas, Braval, Obra Social la Caixa o Acnur, i tantes i tantes altres, estan concentrant molts mitjans personals i materials de manera altruïsta amb resultats força positius. Alhora, la Fundació dels Notaris de Catalunya des de fa una dècada està portant a terme diferents actuacions de solidaritat i suport als col·lectius vulnerables en risc d'exclusió social i de concessió de beques a opositors al títol de notari amb pocs recursos. També la Fundació Aequitas, del Consell General del Notariat, està portant a terme una important tasca dintre d'aquest àmbit en el conjunt de l'Estat. Amb tot, és molt el que encara resta per fer i per avançar en el camp solidari: entre tots hem de seguir construint nous projectes i sumant més energies des del nostre teixit social i empresarial.

Hi ha una **interessant perspectiva notarial del fenomen migratori**, on està molt present i on es projecta amb plena normalitat i igualtat de drets. A Catalunya, l'any 2017 es van signar un total d'1.353.857 documents notariais, dels quals 132.171 pertanyen a ciutadans estrangers de més de cent cinquanta nacionalitats diferents. Si ho comparem amb els documents que es varen signar deu anys enrere, 81.083 d'un total de 1.215.251, veiem que **la proporció de documents signats per ciutadans estrangers ha augmentat considerablement, passant en aquesta dècada d'un**



6'7% el 2007 a l'actual 9'6%. En definitiva, tenint en compte que, segons dades de l'Institut Català d'Estadística, la proporció de ciutadans estrangers respecte la població total es pràcticament la mateixa ara que fa deu anys, cal concloure que **el notari és cada cop més present en els actes jurídics de les persones estrangeres**. El CGN ben segur que podria donar unes estadístiques generals força semblants en termes percentuals a les que aquí s'indiquen.

L'augment de la presència dels nacionals estrangers a les notaries catalanes i espanyoles és **una mostra més de la seva integració creixent en el dia a dia de l'activitat jurídica i econòmica de la nostra societat**, fet que comporta que requereixin cada vegada amb més freqüència, tant en la seva vida privada com en la seva activitat professional, de la prestació del servei públic notarial i de la seguretat jurídica que oferim els notaris a tots els ciutadans. **En un món globalitzat**, en que cada vegada hi ha més mobilitat internacional de persones, famílies i empreses i, com efecte indefugible, una progressiva internacionalització de les relacions jurídiques i un increment exponencial de la seva complexitat tècnica, **el control de legalitat, el consentiment informat i l'assessorament reequilibrador que assegurin els notaris són fonamentals per garantir els drets i la igualtat de tots els ciutadans.**

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

“Per adaptar-nos als temps, cal eliminar les barreres administratives innecessàries”

Marina del Corral Téllez

Secretària General d'Immigració i Emigració (*).
Ministeri de Treball i Seguretat Social

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Fanny Ruffet

Marina del Corral Téllez (Vélez-Málaga, 1964) es va llicenciar en Dret a la Universitat de Granada el 1987, i posteriorment va cursar un Màster en Comunitats Europees per la UPM (1988), formació que va completar amb un Programa de Graduat en Management i Administració de Fundacions i ONG a la New York University el 2003. Va iniciar la seva carrera professional com a responsable jurídica en una ONG que s'ocupava de la integració de la població llatinoamericana a Espanya. Després va estar uns anys al despatx d'advocats Cuatrecasas, a les oficines de Brussel·les i Barcelona, als quals va seguir la Direcció dels Serveis Jurídics a Espanya de la multinacional farmacèutica Sanofi-Aventis.

Des de gener de 2012 és Secretària General d'Immigració i Emigració, que depèn del Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social. A més, és Vicepresidenta primera del Consell General de la Ciutadania Espanyola a l'Exterior, i Presidenta de la Comissió Laboral Tripartida d'Immigració, de la Comissió Interministerial d'Estrangeria i de l'Observatori Permanent de la Immigració.

(*) Cessa en el càrrec segons RD 522/2018, de 18 de juny.



P: Us va llicenciar en Dret i posteriorment va cursar un Màster en Comunitats Europees (UPM). El vostre interès i vinculació pel Dret de la Unió Europea i l'àmbit de la Migració ja es va iniciar en aquella època. Podríem dir que va convertir la vostra vocació en la vostra professió?

R: Jo realment tenia una vocació una mica orientada, primer, cap a Europa, en un moment en què Espanya acabava d'entrar a la Comunitat Europea, el 1986. La meva promoció va ser la primera que va estudiar l'IVA, encara no implantat a Espanya, i no vam estudiar Dret Europeu, que jo considerava necessari per completar la meva formació. Vaig fer un Màster en Comunitats Europees, a la Universitat Politècnica de Madrid, dirigit per Lamo de Espinosa, i vaig estudiar Dret Europeu que avui s'estudia a la universitat –política agrícola, energètica, les institucions o el dret de la competència. Mentre estudiava, vaig coincidir amb gent de Sud-Amèrica que estudiava a Espanya, i em van convidar a formar part d'una ONG que ajudava persones, bàsicament de Llatinoamèrica, a obtenir els papers per regularitzar la seva situació a Espanya: obtenir el permís de residència o de treball, o a fer el reagrupament. Em vaig involucrar molt amb la Llei d'estrangeria i amb les persones. En certa manera aquí vaig començar a prestar serveis jurídics a persones immigrades a Espanya.

Amb la Llei 14/2013 de suport als emprenedors i la seva internacionalització obrim un camp per agilitar i eliminar barreres administratives innecessàries a les persones que venen a invertir, emprendre, estudiar o investigar.

P: Posteriorment va marxar a Brussel·les...

R: Sí, em van donar una beca de la Comissió Europea per fer pràctiques en una empresa espanyola, a Cuatrecasas. Allà vaig treballar i vaig aprendre moltíssim, vaig tenir molta relació amb les institucions europees, i aquesta etapa va durar tres anys. Vaig seguir vinculada a aquesta empresa, ja a Barcelona, un any més i



després amb un grup vam anar a prestar serveis jurídics a un client. Vaig ocupar la direcció jurídica del grup Sanofi a Espanya, on vaig continuar vinculada a tot el que havia après a Europa, en diferents sectors del món internacional. El fet de passar de l'assessorament jurídic com a prestador de serveis a ser client d'aquests mateixos serveis, és una faceta molt interessant, perquè t'adones que centres molt millor els serveis que necessites. El teu client passa a ser exclusiu, és el grup d'empreses per al qual treballes, i tens tracte amb el que és l'operacional, la part industrial, cosa que no passa des d'un despatx. Teníem fàbriques de bioindústries, de productes farmacèutics, de matèria primera per a aquests productes, empreses en el sector de la bellesa al més alt nivell... Així vaig intervenir en moltes operacions importants de reestructuració del grup arreu del món. Posteriorment, vaig fer un parèntesi, vaig anar als Estats Units, on no vaig tenir una vinculació extensa amb cap organització, i vaig estudiar management i direcció i gestió de fundacions i organitzacions no governamentals a la New York University, on vaig tenir contacte amb persones i grans institucions del món de la filantropia. Aquí vaig començar a vincular-me, sobretot, amb el món de la filantropia, i vaig veure que també es podien prestar serveis jurídics a aquest tipus d'organitzacions. D'aquesta manera vaig anar desenvolupant

aquest canvi de perfil assessorant un altre tipus d'organitzacions, que treballen més en l'àmbit social i filantròpic.

P: El 2012 va arribar a la Secretaria General d'Immigració i Emigració del Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social. Quin objectiu complert i quin repeteu pendient destacaríeu? Quines són les prioritats actualment?

R: M'ho va proposar la Ministra, convençuda de la meva vocació d'ajudar i de fer alguna cosa per la societat, i vaig acceptar el càrrec, de la qual cosa no em peneixo en absolut, perquè en el desenvolupament professional el camp és immens. El primer objectiu complert va ser reduir el nivell de l'estructura mantenint, en canvi, absolutament tots els serveis prestats i creant un ambient familiar de treball. Promovem molt la conciliació personal i el fet que som un equip. Per sort, en el decurs de la meva carrera mai no he tingut una jerarquia absolutament marcada i insalvable; tots hem estat sempre un equip i això ho hem traslladat aquí amb èxit. Un altre dels objectius complerts és que hem agilitat molt els procediments interns: els oficis es fan quan formalment es requereixen, però hem evolucionat molt i procurem fer la mínima paperassa possible i fer servir les tecnologies, per tal de ser més eficaços. Espero que d'aquí a poc tots

els procediments en matèria d'estrangeria, de sol·licituds, etc. siguin telemàtics, cosa que serà un avantatge per a l'administrat, de manera que només ens visiti presencialment quan sigui necessari. Es tracta d'accelerar i agilitar els procediments i ho hem aconseguit. Aquests són reptes i objectius en relació amb el funcionament.

Com comentava, hem tingut el repte de tenir menys pressupost, tant en matèria d'immigració com d'emigració, quan hi ha hagut un increment molt important de persones estrangeres que venien a Espanya i que tenien necessitats, de sol·licitants potencials de protecció internacional o d'asil. Això ha passat a tot Europa, i Espanya ha participat activament en les decisions que s'han adoptat a escala europea davant aquest repte, coincidint a més amb una època de crisi al nostre país molt important.

P: Quina intervenció hem tingut a Europa?

R: La nostra participació crec que ha estat determinant en molts casos, gràcies a l'experiència prèvia que teníem. Espanya és un país fronterer amb el continent africà, a més tenim fronteres terrestres, i hem tingut experiència en anys anteriors amb certa pressió migratòria, amb un volum d'immigració important, i ho hem solucionat bé. D'aquí la nostra experiència en com abordar-ho, que és la que hem traslladat. Hem insistit molt a Europa en la necessitat de treballar en la causa profunda

de la immigració, de cooperar en els països d'origen, de donar una dimensió exterior al fenomen migratori, involucrant la cooperació al desenvolupament. Els hem traslladat que no era suficient controlar les fronteres i lluitar contra les màfies. Nosaltres mantenim molta relació amb els països més propers a Espanya i dels quals rebem persones immigrants, com el Marroc, que no solament envia immigrants, sinó que també és un país de trànsit de destinació, un país que té un paper molt interessant a l'Àfrica. Espanya ha tingut un paper molt important en les decisions que s'han pres, basades, sobretot, en la responsabilitat i la solidaritat amb altres països, tant de dins com de fora d'Europa, en els programes de reubicació. Espanya sempre ha estat solidària.

Una altra qüestió interessant és que hem promogut la transversalitat. Treballem molt amb altres ministeris, perquè hi ha assumptes en el tema migratori en què no fem un sol pas si no anem de la mà del Ministeri d'Interior, d'Afers Exteriors, de Sanitat, d'Afers Socials i d'Igualtat o d'Economia i Competitivitat. Perquè encara que el focus actual es troba en les persones que necessiten una assistència especial i específica, i tothom pensa en emigracions i refugiats, les migracions són un fenomen molt més ampli.

P: Quines són les dades principals en migracions?

R: Segons les dades de l'Organització Internacional de

Migracions hi ha més de 250 milions de persones que resideixen fora del seu país de naixement. Dins aquests, segons dades de l'Alt Comissionat de Nacions Unides, uns 65 milions són desplaçats forçosos, que han deixat el seu país per alguna raó forçada. I dins aquests, 25 milions són refugiats. És veritat que el focus d'atenció es troba en aquests, però des de la Secretaria ens ocupem de tot.

P: Quina és la radiografia actual de la Immigració a casa nostra?

R: Espanya té avui més de 5 milions d'estrangers. D'aquests, més de la meitat són ciutadans de la UE. M'agrada destacar que molts estan exercint la lliure circulació, com quan van a una reunió en un altre país europeu. Jo crec en la lliure circulació, sóc molt europeista, i a la Unió Europea i l'espai comunitari europeu ens hem dotat d'uns principis fonamentals. Cada país té el seu règim i estem harmonitzant cada vegada més el nostre ordenament jurídic. Hi ha perfils molt diferents, no tots són jubilats. La majoria dels residents europeus a Espanya són romanesos i britànics, aquests amb una mitjana d'edat per sobre dels 50 anys, però no en els 65. I no comptem les nombroses parelles mixtes que tenim, formades per espanyols i britànics, ni els nens; de fet, crida l'atenció que no hi hagi nens en els registres estrangers, però és que també són espanyols. Les nacionalitats majoritàries són, en primer lloc, romanesos, dels quals hi ha prop d'un milió. Després marroquins –unes 900 mil persones–, britànics, alemanys, francesos i italians –en aquest cas, probablement molts són argentins que tenen doble nacionalitat. No tenim estadístiques dels que han vingut i s'han quedat, per exemple, arran d'un Erasmus. Espanya és una de les destinacions d'Erasmus més cotitzades per als europeus i també d'Erasmus plus, per a no europeus. Molts es queden perquè quan una persona se'n va a un país estranger en una edat en què també té un desenvolupament personal, la possibilitat que romanguí en aquest país és alta. També hi ha molts ciutadans d'Equador. Cal tenir en compte que, per principi general, la nacionalitat espanyola s'adquireix amb 10 anys de residència continuada, però en el cas d'Iberoamèrica només són necessaris 2 anys. Per la qual cosa quan, després de 2



anys, sol·liciten la nacionalitat espanyola i els la concedeixen, ja no consten en el registre d'estrangers.

P: I quin perfil de qualificació professional tenen? I el dels espanyols immigrants?

R: Pel que fa a la qualificació professional, no tenim un registre ni dels que entren ni dels que se'n van. En el cas de les persones que surten d'Espanya, en què és obligatòria la inscripció consular, dir la qualificació és voluntari. Només tenim seguiment via enquestes. Jo crec molt en tots els aspectes positius que et pot aportar la mobilitat internacional, anar a buscar una nova oportunitat, i espero que l'hagin trobat en un altre país. D'altres, desafortunadament, no tenen tanta sort. Però en línies generals crec que el balanç és positiu.

Pel que fa als espanyols immigrants, poc més de 800 mil estan a Europa, la majoria a França, Alemanya i Anglaterra. I on més espanyols hi ha és a l'Amèrica Llatina, sobretot a l'Argentina, on superem els 400 mil, seguit de Mèxic, l'Uruguai i Veneçuela.

El Pacte Global sobre migracions parteix del principi que les migracions són bones, positives i contribueixen al desenvolupament social, econòmic i cultural dels països d'origen i destinació.

P: Quin és el saldo migratori actualment?

R: El saldo migratori avui d'immigració és positiu, és a dir, hi ha més persones que entren al país que les que en surten. Espanya sempre havia tingut un saldo positiu fins al 2009, en què va ser negatiu, l'època més greu de la crisi. Des del 2016 torna a ser positiu, amb un saldo de més de 70 mil persones. Dins aquest saldo, cal distingir el saldo migratori d'espanyols nascuts a Espanya –perquè hi ha molts espanyols que han nascut a l'Amèrica Llatina, han tornat allà, però segueixen sent espanyols. Aquest encara és negatiu, parlem d'unes 20 mil persones, però mai no ha estat gaire ele-

vat. Algunes persones han marxat a estudiar, d'altres han marxat perquè no han trobat absolutament ni una possibilitat de treballar aquí a Espanya, i d'altres per emprendre. Són un terç aproximadament del total. Tenim formalment a fora aproximadament 2,5 milions de residents espanyols, és a dir, persones que resideixen fora i estan inscrites als consolats espanyols. Potser n'hi ha més, però normalment si una persona té un projecte de vida a l'exterior acaba tenint una relació amb el consolat inscrivint-s'hi, perquè ho necessita per a la renovació de documents, la inscripció de fills, etc. Les ambaixades i els consolats no estan per controlar les persones, sinó per ajudar-los, són un trosset de l'Administració en el país estranger, que continua prestant serveis.

P: Un dels aspectes fonamentals en l'àmbit de la seva Secretaria que ha remarcat en nombroses ocasions és la necessitat de cooperació amb altres països. Quin és el full de ruta?

R: El nombre de desplaçats forçosos, i dins aquests, el nombre de refugiats, té com a causa fonamental un desequilibri important geopolític en moltes regions del món. Hi ha una consciència mundial que va portar tots els caps d'Estat i de Govern a fixar una reunió el 2016, a Nova York, en la qual van decidir que es desenvoluparia un pacte global en matèria de migracions i un pacte global en matèria de refugiats. El de migracions parteix del principi –i jo en sóc molt defensora– que les migracions són bones, positives, contribueixen al desenvolupament social, econòmic i cultural dels països d'origen i de destinació, i eventualment també dels països de trànsit. Dels països d'origen, perquè s'envien remeses, que són tres vegades superiors a tota l'ajuda al desenvolupament mundial. És a dir, és molt superior el que envien els mateixos emigrants als seus països d'origen, on mantenen les seves famílies i que, al seu torn, permeten el desenvolupament en aquests països, la qual cosa és fonamental en les migracions. Al país de destinació, tenim persones que contribueixen a mantenir l'estat del benestar a través d'impostos sobre el consum, d'impostos sobre rendiments del treball, o de capital –si emprenen. És una contribució directa i no només pagant els impostos, sinó amb consum, i mitjançant el treball també contribueixen a la se-



guretat social. A més, en ambdós sentits també hi ha les remeses intel·ligents, el fet que aquesta circulació de persones enriqueix: es comparteixen cultures, formes d'actuar i de veure les coses que tenim en diferents societats i amb diferents preferències, diferents races, religions, tradicions, cultures... i aquesta diversitat enriqueix. L'any 2001 la UNESCO va declarar la diversitat cultural patrimoni intangible de la humanitat. En resum, el pacte de migracions parteix de la idea que les migracions són positives. A partir d'aquí hi ha un compromís de la comunitat internacional de treballar aquesta narrativa positiva. Posant el focus en les persones amb més mancances, que no podem oblidar, hem d'ajudar al desenvolupament dels països i lluitar contra les màfies per buscar vies legals migratòries.

P: I el pacte global per als refugiats?

R: Pel que fa als refugiats hi ha un pacte perquè no s'han volgut barrejar les persones que emigren, que poden tornar al seu país sense que la seva vida corri perill, amb els refugiats, que fugen del seu país i, si tornen, les seves vides i les de la seva família poden córrer perill. I aquest pacte també apel·la a la consciència social i de tota la comunitat internacional basant-nos en el principi de la solidaritat i la responsabilitat, perquè ens fem càrrec d'un nombre de persones que necessiten refugi. En això treballa la comunitat internacional.



Entrevista



Espanya hi ha contribuït sempre activament, de fet hem estat centre de consultes i hem participat en totes les institucions, acadèmiques, societat civil, etc. fent un brain storming per parlar sobre què ha i què no ha d'aparèixer en tots dos pactes. El de refugiats el lidera l'Alt Comissionat de Nacions Unides per a l'Ajuda a Refugiats, ACNUR, i l'altre el lidera l'Organització Internacional de Migracions, una altra agència de Nacions Unides.

P: Com valoreu la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització?

R: És una de les qüestions que hem impulsat amb més ganes, quant a producció normativa. Un dels capítols de la Llei 14/2013, d'emprenedors i la seva internacionalització, va ser impulsat per aquesta Secretaria General, juntament amb diversos ministeris. La nostra aportació va traduir-se en l'àmbit de la mobilitat internacional de determinades figures. Aquí vam obrir un camp per agilitar i, sobretot eliminar, en tot just 13 articles, barreres administratives innecessàries a les persones que venen a invertir, a emprendre, a investigar, a fer cursos de postgrau... persones altament qualificades moltes vegades desplaçades per les mateixes empreses. Dins les migracions, aquesta norma introdueix un element de competitivitat, fins i tot per a les nostres pròpies empreses, ajudant a la seva internacionalització. De fet, hi ha companyies espanyoles que són líders en el seu sector en

l'àmbit mundial: en sistemes de navegació aèria, en el tèxtil, etc. I aquestes empreses també necessiten un suport per a la internacionalització que estan liderant, i que al final va en benefici del país. Necessiten que els seus treballadors vagin passant per diferents països, diferents departaments perquè es formin, i quan toca Espanya, això ho facilitem amb aquesta Llei perquè eliminem barreres administratives innecessàries. Cada vegada més les empreses espanyoles tenen projectes, i després busquen els millors per desenvolupar-los, sense mirar la seva nacionalitat. Hem escoltat molts actors i les seves necessitats, hem sumat sentit comú i ho hem resumit. És una Llei de la qual estic molt satisfeta.

La manca de documentació per fer transaccions és un problema, i els Notaris haureu de ser creatius per admetre o resoldre aquesta manca de documentació. Hi ha camp a recórrer per suplir aquesta manca de continuïtat dels documents.

P: Recentment es va presentar al Congrés la proposta de pressupostos generals de l'Estat. Per a la Secretaria són 380.490.000 euros el 2018, i s'incrementa un 1,9% respecte del 2017. El 2016 van ser 185.200.000 euros. Això

suposa que s'ha doblat el pressupost en dos anys. Quin és el motiu principal que explica l'augment d'aquesta xifra?

R: El pressupost es va incrementar, sobretot, a la partida d'acollida als refugiats, perquè el Govern té l'obligació internacional de donar protecció a les persones que compleixen una sèrie de requisits; els ha d'oferir uns estàndards mínims d'acollida. I com he dit abans, nosaltres hem participat en una sèrie de decisions europees adoptades específicament sobre l'acollida. En aquest exercici de responsabilitat i de solidaritat, Espanya va decidir incrementar substancialment el seu pressupost. El 2014 el pressupost tot just arribava als 9 milions, fet que suposa avui dia que ha augmentat més d'un 1.000%. El 2016 Espanya va rebre més de 23.000 sol·licituds de protecció internacional; però el 2017 van ser 38.000 – aquí van incloure les sol·licituds d'apàtrides i dels expedients de Dublín. En el règim europeu ens hem dotat d'aquest Reglament per tenir un sistema comú d'asil; s'hi estableix que el primer país d'entrada d'una persona que demana protecció internacional és el país responsable de donar aquesta protecció. De manera que si aquesta persona, per alguna raó, segueix el seu camí –atès que som en espai Schengen– ja que no vol romandre a Espanya i se'n va a un altre país europeu, aquest altre país li pot dir que, pel fet d'haver entrat per Espanya, és Espanya qui ha d'oferir-li les condicions d'acollida. Es tracta d'una directiva d'acollida en què vam establir estàndards mínims que, al seu torn, responen als estàndards internacionals. El 2018 el ritme d'arribada de refugiats fins i tot serà una mica superior al de l'any passat, incloses les persones que demanen asil en territori espanyol, les que venen reubicades des de Grècia i d'Itàlia, que són els països en els quals hem reubicat –i estem reubicant encara, malgrat haver cessat la decisió, en concret, que va establir aquest compromís–, i el restabliment, que són les persones que sol·liciten protecció internacional, refugiats que es troben en camps de refugiats a països fora de la Unió, adjacents normalment a zones de conflicte. Nosaltres hem reasentat persones des de Jordània, el Líban i Turquia, i cada any establim un programa de reasentament; l'actual va ser aprovat al Consell de Ministres el 2017 per als exercicis 2018-2020. Aquest any hem reasentat 1.000 persones.



P: Per què no s'han complert les xifres d'acollida? Ha faltat col·laboració?

R: Hi ha hagut una col·laboració absoluta de totes les CCAA per fer-ho i els municipis, tots han volgut col·laborar en l'acollida. És veritat que hi ha hagut molta frustració, que molts es pregunten per què no venen més persones? Però no podem decidir sobre els que arriben i demanen asil aquí; els que portem de fora venen en la mesura que ho permet la logística del país des del qual els portem i tots els actors que hi intervenen, que són molts. S'havien creat moltes expectatives pel que fa a les reubicacions, crèiem que reuniríem moltes persones, i la veritat és que han estat moltes menys. Encara tenim unes 1.100 persones en procés, que hem demanat que vinguin fa més d'un any. Tot és molt complex. Quan es van prendre les decisions sobre el paper, vam ser molt voluntariosos, volíem ajudar, sobretot, a descongestionar la pressió que estava patint la zona de la Mediterrània oriental més congestionada, Grècia i Itàlia, sobretot Itàlia –que té com a veïna Llíbia, on hi ha dos Governos i no se sap quin mana, i té una pressió migratòria molt alta– i una mica menys Grècia, tot i que els fluxos es van movent. Dins el principi de solidaritat i de responsabilitat entorn a la resta d'Europeus, hi va haver una voluntat d'ajudar a escala europea i, de manera excepcional, ens vam saltar el que estableix el Reglament de Dublín per distribuir en altres països les persones que havien entrat per Grècia i Itàlia. Aquest exercici s'ha demostrat molt poc eficaç, primer, perquè les decisions comptaven amb unes estructures que no existien, i Grècia i Itàlia primer les van haver de construir. I després, perquè van dir que els Estats podíem anar a missions sobre el terreny, a controlar aquesta logística, però en la pràctica Grècia i Itàlia no tenien ni on allotjar els experts que anaven a ajudar.

P: Quines són les xifres de reubicacions previstes? I quina és la realitat?

R: Espanya tenia un compromís de reubicar des de Grècia i d'Itàlia 9.323 persones, i per ara se m'han reubicat una mica més de 1.350. N'acabarem reubicant 2.500. En tot cas, som el novè país a tot Europa en xifres de reubicació efectiva, no estem a la cua. De fet, en tots els països europeus s'han efectuat des de Grècia i Itàlia 34.613 reubicacions efectives, d'un total previst de 98.255 persones. Insisteixo, és

molt complicat. Després d'un any semblava fantàstic que des de Grècia poguessin anar enviant 200 persones a la setmana, i així és molt difícil. El nostre sistema nacional d'asil ha funcionat sens dubte, però nosaltres havíem preparat 200 milions de cop per a tota aquesta arribada de persones que havien de venir, sense pensar en les que vindrien per demanar asil independentment. Ara el que veiem és que preval el que ve i sol·licita asil, que entra en territori espanyol de forma independent, més que el reubicat. En el tema del reassentament hem complert els compromisos adquirits, que era de 1.499 persones. Un altre aspecte que dificulta la logística és que estem parlant de persones, i n'hi ha que al final decideixen que baixen de l'autobús que va a la terminal o de la terminal a l'avió, són coses que passen. O que enviem missions de reassentament al Líban, s'entrevista 700 persones, accepten venir 500 persones i acaben venint 300 persones. I això frustra tant el que espera com el que gestiona.

L'agilitat que ofereix la xarxa de Notaris pot ser molt útil en temes de reagrupament, de facilitació de documentació per a estrangers, actes...

P: Després de l'acollida, ve la integració. Quin és el procés?

R: Quan arriben, no tots tenen el mateix grau de necessitat, però, amb caràcter general, hem fixat un procés d'acollida en diverses fases. Poden sol·licitar refugi en molts diferents punts d'Espanya, en comissaries de policia o en alguna oficina d'estrangeria, quan no hi ha una comissaria. També hi ha l'oficina d'asil, a Madrid. Això fa que de vegades la incorporació d'aquesta persona al sistema nacional d'acollida no sigui automàtica. Normalment els principis per acollir atenen necessitats específiques de la persona: el perfil, si té família, etc. i es busca el recurs més adequat en funció d'això i de la disponibilitat de places. La primera fase del sistema nacional d'acollida es fa en una barreja de centres específicament gestionats per l'Administració general de l'Estat. Aquests són els centres d'ajuda als refugiats, que es coneixen amb el nom de CAR, i en tenim quatre: un a Va-

lència, un a Sevilla i dos a Madrid. I després es compon d'una xarxa tant de centres com d'allotjaments que estan gestionats per organitzacions no governamentals finançades per l'Administració. Això permet una redimensió del sistema, i ajustar-nos en cas d'un increment inesperat del volum. De fet, no tenim un pressupost previst per obrir altres centres de refugiats, encara que tampoc no es descarta, perquè ara per ara realment ens serveix el sistema que tenim, ja que ens atorga una flexibilitat important: si necessitem més places, les busquem, les contractem i les proveïm, perquè les ONG contracten apartaments, o els lloguen, en determinades zones per poder-los atendre, ja que l'acompanyament és molt important. En aquesta primera fase les persones estan molt acompanyades, molt ateses, als centres de l'Administració, 24 hores, 365 dies l'any, cosa que fa que hi vagin sobretot els més vulnerables. Allà es queden entre 6 i 9 mesos, en funció de les necessitats. Se'ls facilita la connexió amb els serveis generals que presten les comunitats autònomes o els ajuntaments. Cal recordar que quan una persona té l'estatut d'asil o és sol·licitant de protecció internacional té els mateixos drets als serveis que presten les CCAA, en funció de les seves competències, que tots els ciutadans. Són ells els qui s'ocupen de l'empadronament, de la seva escolarització si la necessiten, de l'educació d'adults, de la sanitat... que no són diferents de les que es presten en qualsevol família que s'instal·li al territori. En una segona fase passen d'aquests centres a viure de manera autònoma, si bé encara reben un acompanyament important.

P: Què ha de millorar en el procés d'integració?

R: Un immigrant s'associa sovint a un pobre de solemnitat, així com un refugiats, a un siríà –tot i que la nacionalitat principal que ha sol·licitat asil a Espanya el 2017 van ser veneçolans, per davant de sirians i ucraïnesos. Hi predomina la visió de les ONG, però també pots ser refugiats o immigrant i tenir un problema de trànsit jurídic normal i corrent. No pot ser que moltes, amb bona voluntat, independentment de la formació que tenen, els facin fer un curs del que sigui. Un cas verídica: a una immigrant llicenciada en Arts, se li donava un curs de treballadora de la llar. Per què no intentem que aquesta persona faci de guia en un museu? Parlava anglès, àrab i, si li donem unes



nocions d'espanyol, pot treballar en un museu. A mi m'agradaria millorar tots aquests processos d'integració. Trucaré a totes les CCAA perquè fer-ho conjuntament. Si jo estigués al sector privat, ho faria d'una altra manera, hi ha molts problemes de procediments, i la meva obsessió és agilitar els processos.

P: Com pot col·laborar el Notariat en l'àmbit migratori?

R: Nosaltres apel·lem i comptem sempre amb el sector privat. Hi ha moltes persones que tenen problemes de documentació, ja que gairebé totes han sortit de casa tot just amb el que porten. Crec que els Notaris tenen un paper important per constatar i donar fe que els documents siguin els que han de ser. Aquestes persones han de construir les seves vides a Espanya i tots hem d'ajudar. Imagineu una persona que arriba com a refugiat, que ha estudiat arquitectura i que no pot demostrar-ho, llevat que demostrí que sap càlcul, disseny, etc., i cal veure com es pot demostrar. O que ha estudiat, té diners, vol invertir, i resulta que només té una targeta vermella que diu que és sol·licitant d'asil. La targeta vermella la donem al Ministeri de l'Interior, però no és una targeta identificativa de la persona, ni tan sols és un títol de viatge, amb això poden fer molt poc. No poden emprendre i poden treballar al cap de 6 mesos, però no abans. Quan els donen la targeta els treuen el passaport, si és que en tenen, perquè es presumeix

que un refugiat no pot tornar al seu país, i tampoc no pot viatjar per la resta del món. Les Administracions locals i regionals s'han portat molt bé, tot i que encara algunes posen travesals empadronaments. La manca de documentació per fer transaccions és un problema, i aquí els Notaris haureu de ser creatius per admetre o resoldre aquesta manca de documentació. Hi ha camp a recórrer per suplir aquesta manca de continuïtat dels documents. Un altre tema: els fills, més enllà de les proves de paternitat. Les famílies intentaran el reagrupament, però han de tenir documentació. Pel que fa a la resta, tot són temes comuns de refugiats i estrangers, com en el cas d'algú que vol adquirir un habitatge, i no té passaport, per exemple.

P: El Notariat va acordar, el 2013, amb el Ministeri de Justícia la col·laboració en matèria d'obtenció de la nacionalitat espanyola, fent les actes de jurament o de promesa dels expedients de nacionalitat per residència per descol·lapsar l'Administració. També des d'octubre de 2015, i durant 3 anys, els sefardites d'origen espanyol poden sol·licitar als Notaris l'Acta de Notorietat que acrediti aquesta condició, com a pas previ per gestionar la nacionalització espanyola. Què aporta la intervenció notarial?

R: Es tracta d'expedients que eren una càrrega més per a la Justícia. Per adaptar-nos als temps, cal eliminar barreres

administratives innecessàries. En temes de nacionalitat, tenim un acord amb la Direcció General dels Registres i del Notariat perquè utilitzin la nostra aplicació d'estrangeria. Hem avançat molt i tenim dades que ens permeten saber quant de temps fa que una persona resideix a Espanya, si la residència ha estat continuada o no, etc. L'avanç telemàtic, i més en qüestions de nacionalitat, és difícil perquè hi havia una bola de neu i s'havia de descongestionar. Els temes telemàtics estan precisament orientats a fer que no es creïn aquestes boles de neu, que és el que passa quan hi ha un problema; la persona a la finestra no té la capacitat de resoldre-ho, ho fica en un calaix i es converteix en el primer floc de la bola de neu. L'agilitat que ofereix la xarxa de Notaris pot ser molt útil en temes de reagrupament, de facilitació de documentació per a estrangers, actes... També les postil·les són necessàries, però cada vegada es tendeix més a fer que hi hagi manifestacions de voluntat, que es facin declaracions responsables davant un fedatari públic. Nosaltres les hem inclòs a la transposició d'una directiva d'estudiants i d'investigadors en què treballem. Està en curs un projecte de llei, i la directiva transposa que donem un termini de permanència, estada o de residència als investigadors i als estudiants un cop hagin acabat la seva activitat, perquè puguin trobar feina o per emprendre. La meua idea, en principi, és que simplifiquem al màxim i que, amb la sol·licitud d'entrada del permís per investigar o estudiar, estableixin en una casella addicional i després voldran el permís extraordinari de residència. Així evites que al cap d'un any d'acabar l'estudi hagin de tornar una altra vegada a l'Administració. Aquesta és la filosofia general: que no fem que vagin diverses vegades a l'Administració amb el mateix document.

Una de les tasques principals en la integració és la transmissió dels nostres valors, que són la igualtat, la justícia, l'estat democràtic, el dret, les llibertats. I això es tradueix en lleis.

P: Quins són els principis bàsics de la justícia per a la integració en l'àmbit migratori?

R: L'Estat de Dret i el principi de legalitat són bàsics, i una de les qüestions



que impregnen qualsevol tasca d'integració és precisament que aprenguin, sàpiguen i coneguin que això és així. Moltes persones venen de països en els quals no hi ha Estat de Dret, ni principi de legalitat ni de justícia, o que aquests són *sui generis*. Per això una de les tasques principals en la integració és la transmissió dels nostres valors, dels valors occidentals, que són comuns a tota la Unió Europea i extensius al món occidental, que estan establerts i són la igualtat, la justícia, l'estat democràtic de dret, les llibertats... I això es tradueix en lleis. Al final, principis o llibertats que potser fins i tot a casa nostra eren tabú anys enrere, avui no ho són perquè hi ha una llei que els ha aixecat. Amb la qual cosa, la traducció dels valors està en les lleis, que són comunes, i hem de transmetre i fer que tothom les respecti i les ac-

cepti. En termes britànics seria el concepte *to embrace values*, acceptar com a propis aquests valors. No han de renunciar a les seves tradicions, a la seva cultura, sempre que no contravinguin aquests valors que són comuns. Jo sóc molt prodiversitat, molt favorable a la mobilitat, però si no aconseguim que els valors es mantinguin comuns, i deixen de ser-ho, tindrem un problema de convivència, i això és fonamental.

P: La justícia és igual per a tots?

R: La justícia és igual per als uns que per als altres, igual per a mi que per a l'immigrant que ha arribat. A Espanya no hi ha diferència en el tracte, no hi ha diferències en drets, el mi-

grant no en té ni més ni menys. Potser tindrien una obligació addicional, que és que s'han de voler integrar, però també nosaltres els hem de voler integrar, de manera que és un tema recíproc. Però la llei i la legalitat estan per sobre de tot: ells han de respectar les normes, forma part del procés d'integració. Un exemple: a la primera ONG en la qual vaig treballar, de la qual he parlat al principi, em va venir una persona de Cap Verd i em va consultar si a Espanya es podia matar la dona infidel. Desconeixia en aquell moment el que podia passar a Cap Verd, però per descomptat a Espanya és un delicte atroç. Aquest és un exemple de la feina que cal fer en integració, i el primer pas fonamental és: coneix les meves lleis, que són les teves, i accepta-les.



“Els notaris donen seguretat a les persones, que és un valor de sempre, però avui en dia encara més”

Marc Simón Martínez

Sotsdirector general de Fundació Bancària “la Caixa”

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Marc Simón Martínez és Màster Tècnic de Desenvolupament en entorns TIC per la Universitat Politècnica de Catalunya i PDG – Programa de Direcció General- per la Universidad de Navarra, IESE. Després d’una breu estada a Telefónica, el 1981 va començar a treballar a la Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona “la Caixa”. Des de llavors ha desenvolupat diferents funcions en l’entitat que l’han portat a dirigir les àrees de Gestió Tecnològica, Sistemes d’Informació, Organització i Qualitat Operativa i Innovació i Expansió Internacional. De manera rellevant, i com a Director de Gestió Estratègica i Arquitectura del Sistema d’Informació, es va dedicar a la solució informàtica de la incorporació a l’euro i de l’efecte 2000.

A juliol de 2008 va ser nomenat Director de l’Àrea Social de Fundació “la Caixa” i a setembre de 2014 Director Corporatiu d’aquesta àrea. Des d’agost de 2017 és sotsdirector general de la Fundació Bancària “LaCaixa”.



P: Com ha viscut l'evolució professional de l'àmbit tecnològic fins a l'àrea social?

R: En el meu cas, he fet coses molt generals, i la part que sempre m'ha interessat més ha estat no tant la tècnica sinó la part organitzativa, que va relacionada amb tot. He passat per l'arquitectura, la gestió estratègica, etc. perquè sempre m'ha interessat el muntatge que hi ha per sobre, la visió més estratègica. Després tot això, en una entitat tan gran com Caixabank, amb tantes oficines, ho he pogut aprofitar en àrees com la d'organització, que em va permetre grans aprenentatges. El pas per l'àrea d'innovació també va ser molt interessant, perquè vam promoure un tipus d'innovació diferent a la tecnològica, que ja fèiem, i vam pensar en les persones i en el que pot aportar la visió de cadascú. Finalment, veure-ho des de la perspectiva d'obrir una oficina en un país on no en tenien ni idea de què era una caixa d'estalvis, t'acaba donant una visió molt global de les coses. Segurament on més he pogut aprofitar tots aquests coneixements és quan vaig passar aquí a la Fundació. En primer lloc, perquè va ser en un moment en què els problemes socials havien començat no feia gaire i perquè podia aportar, de manera complementària al concepte que ja teníem, una manera de donar-hi un mètode, com fer una recurrència i ajudar a enfocar una estratègia, acompanyat d'un molt bon equip. Crec que després de molts anys i moltes responsabilitats diferents, ara estic a la més complerta de totes. Puc aportar tot el que he après, i fer-ho sobre una cosa que em dona una satisfacció perquè veus que té un profit directe en la gent.

P: La Fundació Bancària "la Caixa" exerceix un cert lideratge social. És la primera fundació privada d'Espanya, un referent, i la tercera del món, amb 20.000 milions d'euros en actius. Unes dades molt destacables...

R: Segurament la xifra més significativa és parlar d'un pressupost que no ha baixat dels 500 milions d'euros des de 2008, quan va començar la crisi. L'any passat va ser de 510 milions i enguany és de 520 milions d'euros. Sempre ens hem mantingut, sent conservadors per assegurar-nos que podíem tenir continuïtat.

I això crec que ha estat una de les coses més importants que hem aconseguit: donar continuïtat a molts programes, quan molts d'altres els han discontinuat; en el moment en que hi havia més necessitat, com hi havia menys recursos van disminuir el que feien. Nosaltres hem pogut mantenir un nivell molt important durant tots aquests anys.

Hem aconseguit demostrar que es poden fer coses i que es poden fer durant temps.

P: Com ha estat possible fins i tot augmentar el pressupost durant la crisi?

R: Crec que la nostra direcció ha estat importantíssima en tot això. I ho ha estat, sobretot, pel president. En aquests anys de crisi, en que també hi ha hagut una reestructuració del sistema bancari, es va fer molt èmfasi en que semblava que tots els problemes financers venien de les caixes, tot i ser problemes molt més variats, però això va fer que la situació fos difícil de gestionar. I la decisió que des del primer moment ha tingut sempre el nostre president va ser, en primer lloc, aconseguir assegurar els recursos, que sempre tinguéssim prou recursos per seguir fent l'obra social. I després, anar donant forma a aquests canvis legals als que estàvem obligats, de manera que no es posés en dubte ni en risc que la nostra orientació era cap a la labor social, cap a la societat. Això emana del nostre president, acompanyat del nostre director general, Jaume Giró - que és qui va acabar de donar forma per sota a aquest mandat -, la manera d'entendre que de veritat l'obra social va incorporada a la idea de negoci que tenim. La idea és que tots, tant les empreses com les persones, tenim una responsabilitat, com a integrants de la societat, i l'hem d'exercir d'una manera convençuda, que crec que és el que anirem veient cada vegada més en el futur. A nosaltres si alguna cosa ens ha identificat des de fa molts anys ha estat el fer-ho de veritat. Sempre hem tingut una màxima: que les coses s'han de fer de manera professional. Hem tingut sempre molt bons professionals tant en l'àmbit financer com en l'àmbit social. De fet, érem els primers que tení-

em una estructura separada, Fundació La Caixa, quan hagués pogut ser un departament de La Caixa. Però sempre ho hem mantingut separat, per mantenir l'essència de que era una obra social dedicada a la gent que ho necessitava, a la societat, i no als clients.

P: Com es gestiona internament que tothom s'involucri amb l'Obra social?

R: Coincidint amb el moment en que passem a ser Fundació bancària, fem un Pla estratègic per permetre alinear l'acció de tothom, tenint en compte també tot el que ja teníem i s'havia fet. Fent una mica d'història, quan era president Ricard Fornesa es va fer una reflexió sobre quin era el paper que havia de fer la Fundació, que durant molts anys havia estat molt relacionat amb la cultura i la ciència, tot i que la primera acció d'obra social registrada és un homenatge a la vellesa, l'any 1915. Des de llavors, la relació amb la gent gran, per exemple, hi ha estat sempre, tot i que hem tingut molta presència, com deia, en tot l'àmbit de la cultura i la difusió de la ciència. Durant la presidència de Ricard Fornesa, com a caixa d'estalvis vam tenir un increment de resultats molt gran, perquè vam ser la única institució que seguia obrint oficines quan moltes altres ja havien deixat de fer-ho, i demostràvem que érem rentables. En el moment en que vam decidir que no calia que seguíssim obrint al mateix ritme, ens van començar a entrar moltes oficines amb rendibilitat i no teníem la inversió que s'anés menjant aquells beneficis. I com més o menys un 25% del resultat recurrent s'aportava a l'obra social, teníem molts recursos afegits que van servir per focalitzar-nos en allò social. Per això ara molts programes socials estan celebrant els 9-12 anys. Ara podem recollir els fruits, hem aconseguit demostrar que es poden fer coses i que es poden fer durant temps.

P: Quines prioritats marca el Pla Estratègic 2016-2019?

R: El pla estratègic serveix per acabar de marcar les prioritats de tots i com s'ha de diversificar el que fem. Acabem dient que el 60% ha d'anar a allò social, un 20% a difusió de ciència i cultura i un 20% cap a



Entrevista

la recerca, que és el més novedós en aquest repartiment. Creiem que el progrés sempre ha d'anar acompanyat de ser solidari amb allò social, amb societats més igualitàries, però l'altre font que també aporta progrés a la societat és el coneixement. La recerca ens representava menys pes, i poc a poc ha d'anar-se apropant a aquest 20%. De fet, aquest darrer any hem tret per primera vegada una convocatòria de recerca; fins ara recolzàvem programes molt importants i coneguts, però mai havíem pogut fer una convocatòria perquè no teníem prou fons per fer alguna cosa prou competitiva. Dins el 60% social, les prioritats són combatre la pobresa infantil, la inserció sociolaboral dels col·lectius amb més risc, la gent gran i el seguir acompanyant-los, la interculturalitat i la necessitat de pensar en formes de societat futura, i què podem fer per la gent al final de la vida – amb un programa que els ajuda a fer acompanyament psicosocial combinat amb cures pal·liatives. A tot això se li afegeix el voluntariat, en genèric, com una possibilitat de col·laboració que també hem de promoure en la societat, i l'habitatge – som l'entitat que té més vivenda social, més de 30.000 pisos a tot Espanya, i els darrers anys, amb la crisi, calia fer alguna cosa per ajudar a la gent a tenir o conservar l'habitatge.

P: En l'àmbit internacional, recentment han presentat les línies de l'obra social a Portugal, en col·laboració amb BPI. Com es planteja?

R: L'acció a Portugal va de la mà de la nostra essència. Als estatuts de la Caixa d'Estalvis hi diu que farem obra social allà on es capten dipòsits, allà d'on ens venen recursos. Quan Caixabank agafa el control de BPI és evident que una part dels dividends que ens arribaran vindran del negoci que es genera a Portugal i per això comencem a fer accions allà. L'acció social com la que fem a Espanya només la farem a Portugal; la resta la fem en països sobretot de Sudamèrica, l'Àfrica subsahariana i algun país asiàtic, donant les capacitats perquè arribi una millor formació a nens i nenes que no hi tindrien accés, pensant que això també promourà el progrés futur.

En l'àmbit internacional, en la lluita per millorar la pobresa i com millorem les capacitats de nens i nenes tenim el programa Profuturo, que fem juntament amb Fundación Telefónica, i és el que ocupa més espai en aquest àmbit. Per tant, el programa Profuturo és el més important i acompanya i succeeix a tot el que hem estat fent en temes de desenvolupament socioeconòmic a països del Tercer món.

Tots tenim una responsabilitat, com a integrants de la societat, i l'hem d'exercir d'una manera convençuda.

P: Les caixes d'estalvi, de fet, es van constituir, històricament, com a entitats de crèdit sense ànim de lucre per lluitar contra la pobresa i l'exclusió social facilitant el crèdit a persones vulnerables. Es poden considerar part integrant del que anomenem Tercer Sector?

R: Depèn de com es defineixi Tercer Sector. Sí és cert que som unes entitats que, en essència, treballem per la gent; la Fundació no té accionistes i, per tant, aquesta és la manera de fer. Però el fet diferencial que tenim respecte al conjunt d'entitats del Tercer Sector és que comptem amb uns fons,

la Fundació té uns recursos i els adjudica el millor possible, amb sentit comú i sentit de la responsabilitat, que és el gran valor que tenim. Per tant, som l'aplicació d'una activitat empresarial i no tenim cap accionista. Avui dia en diríem més emprenedors socials que no Tercer Sector, perquè al final fem una activitat econòmica que hem d'aconseguir que tingui un rendiment, perquè aquell rendiment és el que tu impactes amb bons resultats cap a la població. I has de ser conscient de que perquè això sigui així, la llei no marca el mínim que has de posar en l'obra social, sinó quin és el màxim, perquè diu que si tu no aconsegueixes anar donant-li viabilitat al teu negoci, que cada vegada sigui més gran, no aconseguiràs que això creixi. Si tu haguessis aplicat tots els recursos a fer obra social, poc a poc les entitats s'haguessin quedat "desrentabilitzades" i no n'haguessin pogut fer. Doncs això mateix és el que jo crec que sempre pensem: en com podem generar molts dividends en aquest moment, el que són els recursos cap a l'obra social, perquè a la vegada puguem seguir pensant que en el futur en tindrem més.

P: Quin ha de ser l'equilibri entre iniciatives públiques i privades en l'àmbit social?

R: Jo crec que aquest món està cridat a aquesta col·laboració. Quan





parlàvem d'estat del benestar semblava que des de les administracions ho podien atendre tot, i tots hem vist que això no és possible. Tu pots legislar el que vulguis, però de vegades si no hi ha prou recursos és impossible que determinades coses es puguin fer. El més responsable és pensar que tots ajudem a que la societat sigui millor. Per tant, en aquest sentit estem cridats a aquesta col·laboració. Entitats com la nostra es poden permetre coses que potser no es podrien fer de la mateixa manera, per exemple, moltes coses relacionades amb la immigració. Nosaltres som capaços d'agafar i, pels recursos, que tenim, podem posar gent molt bona a pensar com hauríem de fer les coses. I podem avaluar-ho amb suficient volum perquè hi ha concursos potents, cosa que probablement, si tinguéssim menys diners i possibilitats, seria antieconòmic, i molt pocs s'ho poden permetre. Igualment quan nosaltres fem un programa com CaixaProinfancia, invertim 50 milions d'euros/any, amb 62.000 nens assentem una base i quan triem una conclusió és possible fer-lafer-la. I ens podem ens podem permetre avaluar-ho perquè el que ens costa és marginal respecte al que és el projecte. De manera que és important la capacitat que tenim d'aglutinar a través de programes. Entre les administracions i moltes vegades amb la forma com estem ajudant a les entitats, estan ensenyant al Tercer Sector a que han de competir per uns recursos escassos. En canvi, nosaltres intentem que als nostres programes això no sigui així, aconseguim donar la visió de treball en xarxa i cridem a la col·laboració. La clau del Tercer sector està en compartir, perquè al final són iniciatives que el que busquen és la millora de les condicions de vida de persones concretes. Algunes estan emmarcades en uns col·lectius, d'altres en uns altres, però no són temes que vagin contra res, sinó per anar a favor d'ajudar a com més gent, millor. Per tant, si col·laboren entre elles això serà molt millor. En els nostres programes, com CaixaProinfancia, ara hi ha més de 400 entitats socials treballant en xarxa. A Proincorpora n'hi ha unes 450. A les nostres convocatòries es presenten 4.000 entitats cada any. Al final el que busquem és que entenguin que des d'aquest treballar en xarxa es poden fer moltes més coses. Jo crec que la col·laboració d'entitats com la nostra pot ajudar al Tercer sector a trobar noves maneres de fer, ajudar a que ai-

xò arribi a molta gent i a que puguin tenir mecanismes de col·laboració entre elles que segur que milloraran el resultat cap a la població.

El pla estratègic diu que el 60% ha d'anar a allò social, un 20% a difusió de ciència i cultura i un 20% cap a la recerca

P: En l'Obra Social l'any passat es van portar a terme prop de 50.000 iniciatives socials de les que se n'han beneficiat més d'11 milions de persones. Quins són els principals programes?

R: Hi ha cinc branques en què es basa la tasca social. El primer programa és CaixaProinfancia, centrat en com intentem trencar l'herència de la pobresa, evitar que la pobresa no s'hereti de pares a fills. És un programa que busca, mitjançant la millora educativa, aconseguir que això es reverteixi. Ara celebrem 10 anys d'aquest programa, que arriba a 60.000 nens/any, i en portem acumulats gairebé 300.000, el que dóna una dimensió clara. El que aconseguim és veure que millorant el progrés educatiu, que és el que ara per ara podem mirar, els nostres nens progressen més del que progressarien. Si mirem les estadístiques generals veiem que, entre les famílies en situació de pobresa, hi ha un 30% d'abandonament abans de l'edat d'acabar l'ensenyament secundari obligatori, i del 70% que no abandona, només el 53% l'acaba l'any que tocaria per edat. Amb el nostre programa, l'abandonament és del 6% - enlloc del 30% - i del 94% que no abandonen, el 81'1% l'acaben l'any que tocaria per edat. Això suposa que doblem el que passaria si no estiguessin ajudats per algú. Fins i tot tenen una taxa de superació d'acabar certificant l'ESO superior a la mitjana de la població espanyola: l'any passat a la població espanyola va ser del 78% i nosaltres estem en gairebé el 82%. Per tant, estem complint la primera premissa i amb més de 60.000 nens/any tenim suficient base com per veure que el que diem està fonamentat.

P: La inserció laboral és una altra de les grans branques...

R: Sí, el segon programa és Incorpora, d'inserció laboral de col·lectius amb dificultats objectives d'accedir al mercat de treball. Hi ha un estudi, promogut per la Fundació Accenture i fet per EDEA, que ara és el segon any que es repeteix, que estima que a l'Estat espanyol hi ha uns 4 milions de persones especialment vulnerables davant de l'ocupació, o bé perquè no tenen feina - estiguin o no apuntats a l'atur, estan en edats que ho necessitarien - o bé perquè tenen feines de molt poques hores o molt poc salari i no arriben a superar el llindar de la pobresa. Cal tenir en compte que, si hi ha algú altre a la llar que sí que té una feina normalitzada i ingressos, ja no el comptem, per tant, parlem de que és un col·lectiu molt ampli i va més enllà de les estadístiques de l'atur, que també són especialment dolentes a Espanya. Nosaltres el que fem és fer treball en xarxa per intentar que trobin una feina com a mitjà d'inserció social, una feina en una empresa ordinària. Al programa ara hi tenim més de 400 entitats treballant en xarxa i l'any passat vam aconseguir que 33.000 persones trobessin feina. El 70% de casos són persones en risc d'exclusió social i el 30% amb discapacitat. Hem anat demostrant que es nota quan les entitats treballen de veritat en xarxa amb l'increment important de resultats que estem tenint, que és continu. Tot i ser un programa contracíclic, perquè va començar el 2006 i de seguida va arribar la crisi, sempre hem anat incrementant resultats, sobretot de la mà de que cada vegada més les entitats han entès i han vist que es basa en que tenen uns actors laborals i han de buscar possibilitats de feina. Si quan tens una possibilitat, l'obres a que qualsevol entitat del grup pugui cobrir-la, tothom acaba insertant molt més que si penso que només ho insertaré jo, perquè potser no tinc el perfil que em demanen. Aquest programa té una branca que es diu Reincorpora, que és el mateix però per persones que han estat privades de llibertat. Aquí estem arribant a taxes molt altes, de més del 70% d'inserció de les persones que inicien el procés amb nosaltres.

P: I la Gent Gran és un altre dels pilars de l'Obra Social.

R: El tercer gran programa, que és el més antic, és el de gent gran. Sobre tot està emmarcat en l'envelliment actiu i té tres potes principals. La primera, la introducció de la tecnologia. Aquí hem estat els referents des de l'any 1997 i més de 75.000 persones grans a tota Espanya s'han introduït a la tecnologia gràcies a aquest programa, que té com a objectiu evitar que hi hagi una bretxa digital. Tot això evoluciona, i avui dia tecnologia vol dir tablets, smartphones, xarxes socials... i tot allò que es necessita en cada moment. Ens hi hem dedicat molt i això ha fet que tinguem 62 centres de gent gran propis i més de 600 conveniats. A 600 d'aquests tenim una instal·lació informàtica posada per nosaltres, una Cibercaixa. Un altre àmbit és l'envelliment saludable, en què donem nous continguts de salut cada any. Per exemple, el "Despertar amb un somriure", que promou dormir bé; el "Menys dolor, més vida", que es basa en, quan començo a tenir dolor, com hi puc conviure i com puc ajudar al metge i que m'ajudin a entendre-ho; o tallers com "Entrena", que és d'activitat física, pensant sobretot en com puc prevenir caigudes, treballar la musculatura, l'equilibri... Un tercer àmbit és l'acció local, que és posar l'accent en què la persona gran segueix tenint aquesta visió de persona activa en la societat, i es fan moltes activitats de voluntariat. I hem inclòs una darrera pota, que lliga molt amb un projecte que estem fent conjuntament amb la Fundació dels Notaris de Catalunya, que és el que li diem desenvolupament personal. Vol dir que no pel fet de ser gran tot em ve donat; quan sóc gran encara sóc més divers, i el ser gran és el reflex de tot el que he fet i de tot el que faré. Per tant, les meves decisions són molt importants. I vol dir que em toca prevenir certes coses, i per prevenir he d'estar informat. D'aquí hem desplegat tota una línia sobre el Bon tracte a la gent gran, que és on s'enquadra aquesta col·laboració amb els notaris. El programa de gent gran segur que ens els propers anys tindrà camí, perquè tenim, d'una banda, l'envelliment de la població i, de l'altra, la inversió de la piràmide poblacional ens porta a que cada vegada tindrem més gent gran, fins al 2050 serà un increment constant. I cada vegada hi haurà més gent amb situacions de vulnerabilitat social relacionades amb la gent gran. Ara, per exemple, estem amb un pro-



grama pilot sobre soledat no desitjada, que és una realitat que ja s'està donant, i segur que en trobarem d'altres.

La col·laboració d'entitats com la nostra pot ajudar al Tercer sector a trobar noves maneres de fer.

P: La malaltia i la interculturalitat són altres eixos importants...

R: El quart programa té com a focus de vulnerabilitat la malaltia, com aconseguim que persones que tenen una malaltia diagnosticada terminal tinguin una atenció completa. Les cures pal·liatives s'encarreguen d'evitar el dolor físic, però nosaltres el que fem és encarregar-nos del patiment de la persona. Hem aconseguit fer-ho d'una manera metòdica, amb un volum de 124 hospitals i 42 equips d'atenció psicossocial a tot Espanya oferim un ajut emocional, espiritual i social, amb treballadors socials i psicòlegs, sobretot. És un programa molt ric, on tenim avaluat que la gent millora coses com el sentit de la vida, el sentiment de pau i perdó, l'angoixa o la depressió. Aquí no tenim un grup control per motius evidents, perquè si parlem de que atenem a gent al final de la vida, si ens dediquéssim a controlar no podríem atendre'ls. Però és evident la seva millora i permet que la gent pugui viure millor fins al final, que es respiri

vida fins al final. Aquest programa té una derivada, que hem començat a treballar els darrers temps, que és el tema de soledat i final de vida, perquè hi ha un fenomen que comença a ser nombrós de gent que queda sola, per vulnerabilitat social, i que quan està malalta no té ningú que s'ocupi d'ella, i no és tan fàcil que arribi a una unitat de pal·liatius. Aquí hi tenim molt voluntariat i promovem aquest programa en el marc de l'atenció integral a persones amb malaltia avançada.

I el cinquè gran programa és el d'intervenció comunitària intercultural, el darrer que hem començat, el 2010. Com el de la Gent Gran, es basa en l'evidència d'una societat molt diversa i del canvi social demogràfic previst en els propers temps. Volem que aquesta nova societat que es configura respiri convivència, sobretot. Si veiem el que ha passat a França amb les "banlieues" o a Anglaterra, fenòmens que s'han donat perquè no s'ha sabut articular això, nosaltres pensem que el territori espanyol és el paradigma de la interculturalitat. El programa té dues metodologies, la intervenció comunitària i la mediació intercultural. És el programa més difícil que tenim, perquè és inespecífic, busca que a cada territori es produeixin diverses coses on la gent comparteixi entre ells. Però les han de fer ells; l'equip del programa només ha de ser un impulsor, promoure un espai perquè la gent col·labori entre ells, parlin, es respectin i, sobretot, recuperin l'orgull de pertinença al territori. Que la gent s'impliqui en tot: pu-



gui dir com veu el territori on està i què creu més interessant que es faci. Tot i que normalment els programes d'intervenció comunitària sempre han estat molt reivindicatius, com els d'associacions de veïns, aquest té la particularitat que des del primer dia també hi és l'Ajuntament. Tots estem asseguts al mateix lloc, i els ajuntaments ho promouen. Aquesta base d'acció comunitària pensem que aporta molta riquesa. Ara estem a punt de publicar una enquesta, la segona, comparant com estava tot el 2010 i com està al 2017, basada en els territoris control que ja tenim, i això ens ha de demostrar les millores que hi ha hagut. Abans

no hi havia un instrument per determinar com es mesura la convivència, però amb els 34 territoris control que tenim arreu d'Espanya, hem pogut desenvolupar-lo i tindrem una enquesta única per veure l'evolució en aquests set anys i que té sentit un programa d'aquesta mena. Aquesta és una bona base no només pel que hem fet, sinó per posar-ho a disposició de qualsevol altre que ho vulgui fer.

P: Amb el Col·legi de Notaris de Catalunya, a través de la Fundació dels Notaris de Catalunya, es va esta-

blir un conveni de col·laboració centrat en el suport a les persones en risc d'exclusió social i situació de vulnerabilitat, organitzant xerrades informatives sobre temes d'interès per aquests col·lectius. Quina valoració en fa?

R: En faig una valoració molt bona. Les xerrades s'emmarquen en aquesta responsabilitat cap a la societat que tenim tots, de prevenir sobre les situacions que es poden donar, sobretot a la gent gran. Està molt bé fer-ho i és necessari, i després pot tenir el recorregut que tinguí. De fet, sabem que qualsevol notari els atindrà i informará, que és una de les seves funcions habituals, però fer-ho en llocs on ajuntem la gent gran, i sobre temes del seu interès, en el marc del nostre programa de gent gran, pel que l'any passat hi van passar 802.000 persones a tota Espanya, ens permet fer d'element multiplicador. És molt important el que estem fent, donar-los una base tant sobre temes jurídics com econòmics, de seguretat. Això és un plus, perquè cada vegada tenim més gent gran que queda aïllada, i la situació de crisi econòmica segur que no ha ajudat gens. Amb aquesta col·laboració i tot el que es planteja hi ha moltes coses que podem prevenir de manera molt eficaç.

Els dos projectes que fem en col·laboració, l'assessorament i les beques, connecten molt amb els ideals de la Fundació.

P: El conveni s'ha ampliat en l'àmbit educatiu, on vostès fan una important aportació en beques d'ajut econòmic a la preparació de l'oposició per notaries a persones amb dificultats econòmiques. En quina de les línies de treball de l'Obra Social encaixa?

R: Aquesta vessant de la col·laboració treballa per la igualtat, perquè la igualtat d'oportunitats sigui real. Que sigui real vol dir que si algú pot ser notari i, per la seva condició econòmica no es podria permetre estar el temps necessari per poder estudiar i presentar-se a l'oposició, ajudem a que ho pugui fer. És un valor per donar igualtat, perquè es vegi aquesta diversitat d'òrgens, que poden arribar a qualsevol lloc, que no hi ha

barreres. Per tant, pensem que els dos projectes que fem en col·laboració, l'assessorament i les beques, connecten molt amb els ideals de la Fundació. La missió que tenim a Fundació Bancària La Caixa és la de contribuir a construir una societat que sigui millor, més justa i que doni més oportunitats a qui més ho necessita. I jo crec que les dues iniciatives en què col·laborem clarament estan aquí lligades.

La missió que tenim a Fundació Bancària La Caixa és la de contribuir a construir una societat que sigui millor, més justa i que doni més oportunitats a qui més ho necessita

P: La vessant social dels notaris és inherent a la funció notarial, però sovint és poc visualitzada. Quins valors creu que transmet el notariat?

R: Jo crec que sobretot transmeten un valor de seguretat, de que puc estar segur d'allò que em diuen. Certifica que alguna cosa és veritat, i que ningú no m'enganyarà. A ningú se li acut pensar que va al notari i que sortirà d'allà enganyat; sortirà amb alguna cosa que és real i que és veritat, i això no és tan habitual en la societat en la que estem. Ara ja sabem amb la lleugeresa moltes vegades amb que es mou la informació. Cada vegada és més important la veritat, perquè cada vegada en tenim menys i és més difícil trobar-la. De vegades s'opina molt lleugerament i la gent pren partit sobre coses quan potser no hauria de fer-ho. Jo crec que el valor dels notaris és dir que allò és segur, que vetllen per mi, que si veiessin una situació anòmala ho dirien. Donen aquesta seguretat a les persones que és un valor de sempre, però avui en dia encara més.

P: Recentment des de la Fundació dels Notaris de Catalunya s'han celebrat unes Jornades centrades en la Immigració, en què hi van participar. Quins punts de col·laboració veu potencialment en l'àmbit social?

R: En general, aquest recolzament des de l'àmbit jurídic ens el poden fer, de diferents maneres, en molts dels programes. Nosaltres atenem a col·lectius que ho necessiten. Per exem-



ple, quan parlem de CaixaProinfancia, amb persones en situació de pobresa, el 50% de les famílies són de pare o mare nascut fora d'Espanya. Tenim moltes casuístiques, com obtenir els papers per poder tenir el permís de treball, etc. en les que cal fer coses, en què les circumstàncies jurídiques fan que calgui ajudar a famílies en una situació difícil. De les 40.000 famílies que estem tractant, més o menys la meitat tenen pobresa relativa, i l'altra meitat pobresa severa, encara amb molta més dificultat. Quan parlem d'iniciatives com Incorpora, d'inserció laboral, un dels col·lectius importants que atenem són els joves extutel·lats. Què passa quan arriben als 18 anys? Hi ha una realitat darrera, que comença a multiplicar-se, que són els menors no acompanyats, que estan en una situació molt difícil perquè, per edat, quan arriben queden sota la tutela per un temps de l'Administració, però al sortir encara no tenen permís de treball i cal fer alguna cosa si vols que acabin tenint una nacionalitat... Malauradament cada cop hi ha més gent sense sostre que són joves. Si anéssim desgranant cada programa, segur que trobaríem punts on es podria o es podrà col·laborar.

P: Ja per finalitzar, com creu que ha de ser la justícia social al segle XXI?

R: Jo crec que sobretot ha de ser lògica. La justícia social ha de vetllar i oferir les condicions adequades per aques-

ta igualtat d'oportunitats de tothom. I això no és tan fàcil d'aconseguir en uns moments en què s'afegeix el canvi tan ràpid que estem tenint. Tot i que històricament ja s'ha vist en altres generacions, ara els canvis són molt més accelerats. Estem entrant en un moment en què fins i tot predir cap a on aniran les feines d'aquí un temps és molt difícil, ni sabem dir si tothom podrà tenir feina o no. I en unes circumstàncies així, de tanta dificultat, qui corre més risc és qui ja el té ara, perquè serà el que tindrà més difícil sortir-se'n. Per això el pensar en tothom, aconseguir ajudar a que qualsevol avenç que tinguem, qualsevol nova disposició pensi en tothom, en tots els col·lectius, crec que és la base de que la gent vegi realment que hi ha justícia social, que aquesta igualtat es doni. Cada vegada més veiem que la gent té ganes de que hi hagi coses diferents. Si mires la diversitat de vot, que està bé, jo crec que s'està demanant que la gent parli, que els polítics pactin entre ells, que puguem tenir línies polítiques que durin anys. Les polítiques socials, sobretot, necessiten d'un mig-llarg termini; si no ho fem així és molt difícil que això tingui impacte en la gent que és més vulnerable. Ara, amb tot el que vindrà, amb tota aquesta acceleració i canvis, no hem de deixar que això deixi de banda a aquesta gent, perquè quedaran en una situació absolutament desvalguda, si no ho fem bé. Aquí és on estan els pilars de la justícia social els propers anys.

Jurisprudència recent del TSJCAT en matèria de Drets Reals i Successions *

Maria Eugènia Alegret Burgués

Magistrada del TSJCAT

Membre de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya



Resum: Aquesta intervenció té per objecte l'anàlisi de dues Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya recents, concretament en matèria de dret d'obligacions i reals, en litigis sobre cessió de finca a canvi de construcció futura regulat fins a la promulgació del llibre VI del CCCat en la Llei 23/2001, de 31 de desembre, i unes altres dues que, en matèria successòria, conformen jurisprudència, relatives a la falta de tracte personal continuat entre el causant i el legitimari com a causa de desheretament.

1.- Drets reals

Cessió de finca a canvi de construcció futura: garanties del cedent: les sentències de 8 de febrer de 2018 i de 19 de març de 2018

Per comprendre millor la tesi que sostenen les Sentències del TSJCAT de 8 de febrer de 2018 i de 19 de març de 2018, que són les que analitzarem, s'han d'exposar els supòsits de fet de cadascuna d'elles.

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

- Supòsit de fet:

1.- El dia 27 de març de 2006, H. SA i la Sra. Maria firmen davant Notari una escriptura de cessió de finca a canvi d'obra futura, en virtut de la qual la segona cedia a la primera, lliure de càrregues i gravàmens, la titularitat d'un solar edificable.

Al mateix temps, la cessionària havia d'entregar, com a contraprestació, un habitatge situat a la primera planta segona porta, la plaça d'aparcament número 4 i el traster número 4 de l'edifici que H. SA havia de construir a la finca.

En el pacte 6 del contracte es va autoritzar a la cessionària per sol·licitar un préstec per a finançar la construcció i perquè pogués hipotecar la finca objecte de la cessió, però "la part cedent queda exempta de tota responsabilitat derivada de la concessió del préstec".

En el pacte 8 es va acordar que, un cop finalitzades les obres, mitjançant escriptura pública es formalitzaria l'entrega i la transmissió de l'habitatge, de l'aparcament i el traster que abans s'han descrit i que constitueixen la contraprestació pactada, lliures de càrregues.

* Conferència pronunciada al Col·legi de Notaris de Catalunya el 21 de juny de 2018.



En la clàusula 10 es va acordar que en cas d'incompliment de la cessió, la cedent podria optar entre exigir el compliment o la resolució del contracte, en ambdós casos amb la corresponent indemnització per danys i perjudicis.

2.- El 7 de juny de 2006 es va inscriure en el Registre de la Propietat la clàusula 10 com a condició resolutòria a favor de la Sra. Maria.

3.- En l'escriptura d'obra nova i constitució en règim de propietat horitzontal atorgada per H. SA en data de 12 de febrer de 2008 es va fer constar la condició resolutòria a favor de la Sra. Maria en l'apartat de càrregues.

4.- Mitjançant escriptura de la mateixa data, H. SA va atorgar un préstec hipotecari sobre la finca amb una entitat de crèdit, fent-se constar en l'apartat de càrregues l'existència de la condició resolutòria pactada a favor de la Sra. Maria. El préstec va ser avalat pels socis de H. SA.

5.- Davant de l'incompliment de la demandada H. SA de les obligacions assumides en el contracte, la Sra. Maria va interposar demanda contra la demandada i contra l'entitat de crèdit, amb la pretensió que es fes efectiva la condició resolutòria pactada amb H. SA, demanant que se li retornés la propietat del terreny, juntament amb el que s'hi havia construït, així com la corresponent indemnització per danys i perjudicis. També va sol·licitar la cancel·lació de les anotacions o càrregues que poguessin afectar la finca després de la condició re-

solutòria inscrita, en particular la inscripció relativa a la hipoteca.

6.- Ambdues demandades es van oposar a la demanda, encara que H. SA es va aplanar en la petició principal de resolució del contracte per incompliment. No obstant això, la demandada no es va avenir respecte de la pretensió de la part actora de ser indemnitzada per les obres realitzades sobre la finca (pretensió feta per via reconvençional) i que no podia ser acordada la cancel·lació de la hipoteca.

7.- La sentència de primera instància va resoldre el contracte de permuta, però va desestimar que la devolució de la finca es pogués fer lliure de la càrrega hipotecària, acordant que no era procedent la indemnització que tant l'actora com H. SA havien sol·licitat.

8.- La sentència va ser apel·lada per la demandant i per H. SA i la sentència de l'Audiència Provincial, estiment en part ambdós recursos, revoca la sentència del Jutjat de primera instància declarant: a) que procedia la resolució del contracte de permuta amb la devolució del solar amb l'obra iniciada, en aplicació del que disposa l'art. 8 de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, reguladora del contracte subscrit entre les parts; b) que la devolució de la finca s'havia de fer lliure de càrregues i gravàmens, concretament de la hipoteca inscrita, ja que la condició resolutòria pactada en el contracte de cessió de finca a canvi de construcció futura estava inscrita en el Registre de la Propietat amb anterioritat a la hipoteca, per la qual cosa les ins-

cripcions posteriors s'havien de cancel·lar; i c) que la part actora havia de rescabalar a H. SA, en la quantitat de 241.149 euros, per les obres que havia realitzat en la finca que, per acció legal, passaven a ser propietat de l'actora.

Només la mercantil H. SA va interposar recurs de cassació en contra d'aquesta Sentència i únicament per la qüestió relativa a la cancel·lació de la hipoteca que era titular l'entitat de crèdit codemandada que, no obstant això, no va recórrer la sentència.

- *El contracte subscrit: de cessió de finca a canvi d'edificabilitat o construcció futura regulat en la Llei 23/2001, de 31 de desembre.*

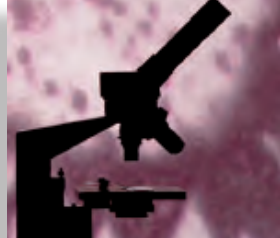
L'operació a través de la qual es transmet una finca a canvi de l'obra futura jurídicament es pot efectuar mitjançant un ventall variat de tipus contractuals típics i atípics, en base al principi de l'autonomia de la voluntat.

La Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura, és el primer text legal que aborda aquesta figura en l'àmbit català i també estatal.

Aquesta llei exclusivament se circumscriu al tipus contractual que regula, a través del qual s'efectua la "cessió d'una finca o d'una determinada edificabilitat a canvi de l'adjudicació d'una construcció futura o resultant de la rehabilitació" (art. 1). És a dir, que la cessió de la propietat es realitza en l'acte d'atorgament del contracte, sense que es produeixi una obligació de cedir com en l'art. 1538 CC.

Com ja va establir el TSJCat en la sentència 2/2012 de 5 de gener:

"el contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, a diferencia de lo que sucede en el régimen civil común o estatal —en el que no aparece regulado legalmente de forma específica, por lo que se viene considerando "un contrato atípico", si bien reconocido y aceptado por la práctica y por la jurisprudencia ya desde antiguo (vid. por todas las SSTs 1ª 24 oct. 1983 -CDO1- y 242/2010 de 22 abr. -FJ1-), con una naturaleza jurídica asimilable a diversas figuras contractuales, como tuvimos ocasión de exponer antes de la actual regulación (STSJC 2/1990 de 5 feb. -FJ2-), aunque suele encajarse en la figura de la



permuta del art. 1.538 C.C. (STS 1ª 459/2010 de 1 jul. -FJ3-),..., en la actualidad se halla regulado entre nosotros por la ya citada Ley 23/2001, cuya idea rectora, según su Preámbulo, es la necesidad de proteger al cedente, en la medida en que, debido a la cesión, queda desprovisto total o parcialmente de su propiedad a cambio de una cosa por hacer, y a la vista de que, por lo general, en la mayoría de los casos existirá una desigualdad (económica y profesional) evidente entre las partes”.

El recurs de cassació tenia per objecte que la Sala declarés que no hi havia una condició resolutòria explícita en el contracte i que, en conseqüència, no era possible que la resolució pogués afectar a tercers, concretament a l'entitat bancària, per la qual cosa l'hipoteca s'havia de mantenir.

- **Garanties pactades:** *Condició resolutòria implícita, explícita i condició resolutòria amb exercici automàtic. Efectes reals o obligacionals d'aquesta clàusula en els contractes de cessió de finca a canvi de edificabilitat o construcció futura regulats en la Llei 23/2001 de 31 de desembre.*

El legislador català ha optat per regular el contracte de permuta amb la transmissió real de la finca, totalment o parcialment, al cessionari, raó per la qual s'ha preocupat especialment de la protecció del cedent que transmet la propietat de la finca sense rebre en aquest moment res a canvi.

Així ho estableix el Preàmbul de la Llei quan diu que en les dues modalitats del contracte de cessió *les mesures de protecció de la persona cedent, desproveïda, totalment o parcialment, de la seva propietat, han d'ésser especialment intenses.*

Una d'aquestes garanties és la facultat resolutòria prevista en l'art. 6.1 de la Llei.

Aquest article estableix que la persona cedent *pot exigir el compliment del contracte, o la resolució d'aquest, en ambdós casos, amb la indemnització de danys i perjudicis corresponent.*

La norma fa referència a la facultat resolutòria que es troba implícita en totes les relacions obligatòries sinal·lagmàtiques.

Aquest precepte s'assembla a l'art. 1124 del CC, fet que comportaria que la seva jurisprudència fos aplicable, particularment aquella que estableix que seran els

Tribunals els qui apreciaran la gravetat de l'incompliment per determinar si és procedent o no la resolució del contracte quan una de les parts no l'accepti (STS, Sala 1ª n.2470/2013 de 20 de març).

La Llei catalana segueix dient que els contractants poden pactar que l'incompliment del que s'ha estipulat tingui el caràcter de *condició resolutòria automàtica* (art. 6.2) que, perquè operi d'aquesta manera, és a dir, permetent sense més la reinscripció de la finca a favor del cedent, és necessari, per imperatiu de l'art. 7, el compliment de determinats requisits:

a) *L'acreditació de l'incompliment de les condicions, les característiques i els terminis es pot fer per acta notarial o, si escau, per certificació de l'autoritat administrativa; b) la notificació fefaent de la resolució a la persona cessionària i als tercers titulars de drets constituïts sobre la finca; i c) la no-oposició de la persona cessionària a la resolució, en el termini de quinze dies.*

La part recurrent insistia que, com que la clàusula transcrivía l'art. 6.1 de la Llei i que no s'havia pactat el seu exercici automàtic, no es podia considerar una clàusula resolutòria expressa.

El Preàmbul de la Llei 23/2001 considera l'exercici automàtic de la clàusula com una mesura que reforça *l'eficàcia de la condició resolutòria expressa que les parts puguin haver estipulat.*

D'aquí es desprèn que, a més de la facultat resolutòria implícita descrita en l'art. 6.1 de la Llei, les parts poden acordar, si així ho expressen en el contracte, la seva voluntat que l'incompliment de les condicions estipulades produeixi l'efecte de resoldre el contracte sense que el Tribunal puguin, en principi, apreciar el grau de compliment a aquests efectes.

En aquest cas, s'entendrà que s'ha pactat la condició resolutòria de forma explícita o expressa.

La part recurrent insistia que, com que la clàusula transcrivía l'art. 6.1 de la Llei i que no s'havia pactat el seu exercici automàtic, no es podia considerar una clàusula resol-



tòria expressa, fet que comporta que la Sala respongui que la clàusula pactada d'aquesta manera en el contracte era una condició explícita, sense que pogués deixar de ser-ho perquè els contractants haguessin utilitzat la mateixa redacció que la de l'art. 6.1 de la Llei 23/2001, ja que la norma no exigia fórmules sacramentals ni especials per configurar la clàusula.

D'aquesta manera, qualssevol que siguin els termes gramaticals utilitzats en la redacció de la clàusula, sempre que sigui inequívoca la voluntat de les parts de configurar l'incompliment com a condició resolutòria, podrà ser inscrita en el Registre i, des d'aquest moment, tindrà eficàcia real, encara que es tracti d'un dret personal, ja que la inscripció registral que la legislació permet (art. 11.3 de la LH), la fa oposable davant de tercers (art. 13 de la LH).

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

D'aquesta manera, aquest tipus de condició expressa es diferencia de la condició implícita en el fet que permet als contractants “tipificar determinats incompliments com a resolutoris al marge de que objectivament es puguin considerar o no greus”



o, si es prefereix, al marge que, segons l'art. 1124 del CC o de l'art. 6.1 de la Llei 23/2001, tinguin o no transcendència resolutòria.

És a dir, no és necessari valorar si un simple retard pot generar la resolució del contracte quan són les mateixes parts les que, contractualment, determinen els efectes de l'incompliment (STS, Sala 1a n. 1416/2016 de 7 d'abril i les que s'hi citen i STS Sala 1a n.236/2015 de 30 d'abril).

Si a més de l'efecte *inter partes* la condició resolutòria s'ha inscrit, sempre afectarà a tercers, independentment que s'exerceixi de manera automàtica o no.

Així també ho va entendre la resolució de 22 d'abril de 2010 de la DGDEJ en resoldre un recurs governatiu contra la qualificació del Registrador: *L'article 6.2 de la Ley 23/2001, de 31 de desembre, permet que es pacti una condició resolutòria explícita per al supòsit de no-realització de l'obra en les condicions, les característiques i els terminis d'execució estipulats. L'article 7 regula el procediment per a l'exercici automàtic d'aquesta resolució.*

L'exercici automàtic de la clàusula permet –com hem vist– reinscriure la finca en nom del cedent prescindint de la intervenció dels Tribunals, fet que comporta una ampliació de les possibilitats d'execució o d'exercici de la clàusula que, un cop inscrita en el Registre, també es podrà oposar a tercers mitjançant la reclamació judicial sempre que siguin demandats.

En el cas objecte de debat les parts van pactar expressament que l'incompliment de les condicions pactades en el contracte per part del cessionari facultaria al cedent per demanar el compliment o exigir la resolució. Van procedir a inscriure l'escriptura en el Registre de la propietat voluntàriament. El Registrador va qualificar aquesta clàusula com a condició resolutòria explícita en estimar que complia els requisits necessaris de concreció i claredat que exigeix el principi de determinació registral i així ho va fer constar en totes les referències relatives a la finca cedida. Ni la cedent ni la mercantil cessionària de la finca van impugnar aquesta qualificació. La condició resolutòria va ser qualificada com una càrrega preferent de la finca, tant en l'escriptura de divisió de l'obra en règim de propietat horitzontal com en la constitució del préstec hipotecari. No es va pactar la posposició de la càrrega ni tampoc consta que el Banc impugnés la inscripció.

Per defensar el manteniment de la Sentència de l'Audiència, la part actora també va invocar l'art. 9 de la Llei 23/2001, sobre la base del qual el contracte de cessió de finca o d'edificabilitat era oposable davant de tercers des de la seva inscripció en el Registre de la Propietat. La Sala va abordar el seu significat dient que, malgrat l'àmplia i genèrica dicció de la norma, aquesta s'havia de conciliar amb els principis registrals aplicables (art. 1.1, 2, 11, 98 de la LH i art. 7, 9 i 51 del Reglament Hipotecari), per la qual cosa s'havia d'entendre que serien inscrivibles aquelles clàusules que tinguessin, com la que era objecte del plet, transcendència real i, per tant, oposables *erga omnes*.

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

Per aquest motiu, la Sala Civil del TSJCat va desestimar el recurs i va declarar doctrina legal: *que la condició resolutòria convinguda expressament en el contracte de cessió de finca a canvi de construcció futura regulat en la Llei 23/2001 de 31 de desembre, té eficàcia real si es troba inscrita en el Registre de la propietat.*

La tesi de la sentència no es veu alterada amb la redacció actual de l'art. 621-63 i 64 del CCCat, que ara estableixen més clarament que:

Article 621-63

Incompliment del contracte

1. En cas d'incompliment de les condicions, pactades o legals, de les característiques o del termini inicial o final estipulats, el cedent pot exigir el compliment específic del contracte, o la resolució d'aquest, en ambdós casos amb la indemnització per danys i perjudicis corresponent.

2. L'incompliment de les condicions, les característiques i els terminis es pot acreditar per mitjà d'una acta notarial o, si escau, d'una certificació de l'autoritat administrativa.

Article 621-64

Resolució del contracte

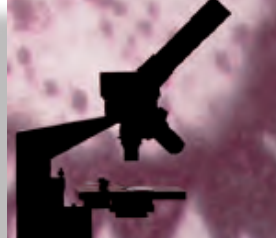
1. Les parts contractants poden acordar que el fet de no haver realitzat l'obra en les condicions, amb les característiques i en els terminis d'execució estipulats tingui el caràcter de condició resolutòria.

2. Per tal que operi la resolució automàtica del contracte cal:

a) Que es notifiqui fefaentment la resolució al cessionari i als tercers titulars de drets constituïts sobre la finca.

b) Que el cessionari no s'oposi a la resolució en el termini de quinze dies.

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



- Supòsit de fet

1.- En data 20 de desembre de 2005, el Sr. Joan i la Sra. Luisa van celebrar amb la societat G. SL, l'administrador única de la qual era el Sr. Pedro, un contracte en escriptura pública en virtut del qual els primers cedien en propietat a la segona un solar de 456 m2, situat a la urbanització X de la localitat F, i com a contraprestació la mercantil s'obligava a construir una edificació d'acord amb els plans que s'elaboressin i a lliurar-los un dels dos habitatges unifamiliars amb jardí que s'hi havia de construir, lliure de càrregues i gravàmens i al corrent de tot tipus de pagaments en el termini de 36 mesos, i s'autoritzava l'adquirent per atorgar unilateralment les escriptures d'obra nova i de divisió horitzontal, així com l'escriptura de préstec hipotecari. La quota assignada a l'habitatge objecte de la contraprestació havia de ser del 50% i, en el supòsit que els béns fossin hipotecats, havien d'estar lliures de càrregues en el moment del lliurament.

2.- L'escriptura va ser objecte d'inscripció per part del Registrador de la Propietat, que va consignar tots els pactes existents en l'assentament de presentació.

3.- En data 28 de març de 2011, G. SL va transmetre la propietat de la parcel·la a J. SL, societat unipersonal constituïda per la Sra. Carmen i esposa del Sr. Pedro, mitjançant contracte de compraventa. L'escriptura no es va inscriure inicialment en el Registre de la propietat.

4.- El dia 6 de març de 2012, els actors Luisa i Joan presenten una demanda reclamant el compliment específic del contracte de cessió de solar per obra futura contra G. SL, i pretenen l'entrega d'un dels dos habitatges unifamiliars construïts sobre el solar. Van sol·licitar l'anotació preventiva de la demanda que es va concedir per mitjà d'interlocutòria de 17 d'octubre de 2012.

La societat és emplaçada per edictes, ja que no es va poder emplaçar en el seu domicili i es va declarar en rebel·lia en data 4 d'octubre de 2012.

5.- En data 2 de juliol de 2012, la Sra. Carmen, fent constar la seva condició de casada i d'administradora i sòcia única de J. SL, atorga davant Notari escriptura pública de declaració d'obra nova i divisió de la finca en règim de propietat horitzontal, afirmant que la societat era propietària de la parcel·la registral per compra a la mercantil G. SL, i

que a càrrec seu estava construint un edifici sobre el solar, que es dividia en propietat horitzontal en dues entitats, entitat número 1 casa unifamiliar denominada A i entitat número 2 casa unifamiliar denominada B, amb les mateixes característiques i amb una quota del 50% cadascuna, adjuntant les llicències de construcció atorgades al seu dia per G. SL. El mateix dia i amb el número següent de protocol, la Sra. Carmen, en nom de J. SL, va vendre l'entitat B a la societat Ma. SL, conservant inscrita l'entitat A nom de J. SL.

6.- El dia 23-10-2012, els actors presenten una ampliació de la demanda contra J. SL amb el mateix *petitum* de la demanda inicial, adjuntant en l'escrit de demanda el burofax adreçat a aquesta societat en data 19-10-2012, requerint-li el compliment i demanant l'anotació preventiva de l'ampliació de la demanda en el Registre de la propietat. Això últim va ser acordat pel Jutge mitjançant Interlocutòria inscrita en el Registre el dia 6 de febrer de 2013 sobre la finca de l'entitat A, ja que la B constava ja inscrita a favor d'un tercer.

7.- Un cop realitzat l'emplaçament en el domicili de J. SL per correu certificat, aquest no va ser recollit. Es va acordar l'emplaçament a través del Jutjat de Pau, que el va rebre el dia 29-11-2012, encara que la Sra. Carmen no va comparèixer al Jutjat de Pau fins al dia 26 d'abril de 2013, i es va negar a rebre l'emplaçament després d'afirmar que feia mesos que no es trobava vinculada a l'empresa J. SL.

8.- El dia 20 de febrer de 2013, la Sra. Carmen havia venut en escriptura pública les seves participacions en la societat J. SL al Sr. Venceslao, fent constar que estava casada però en tràmits de divorci, el qual va comparèixer en les interlocutòries en data 6 de maig de 2013 com a administrador únic de la societat J. SL per oposar-se a la demanda al·legant que, en no haver participat J. SL en el contracte de cessió de solar, no tenia per què conèixer les obligacions assumides per G. SL, ja que la finca no estava subjecte a cap càrrega real.

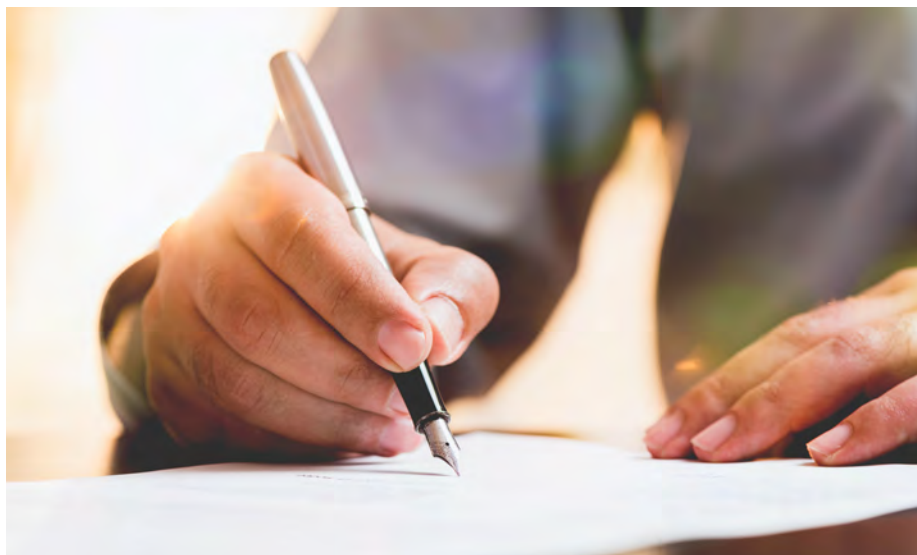
9.- La sentència de primera instància va estimar parcialment la demanda interposada contra G. SL i la va desestimar contra J. SL. En la sentència es va argumentar que el contracte de cessió de finca a canvi de construcció futura té un contingut merament obligacional respecte de l'entrega de la contraprestació compromesa i que



l'acció per reclamar-la només es podia fer efectiva contra la part contractant, és a dir, contra G. SL i no contra qui no havia intervingut en el negoci, en virtut del que disposa l'art. 1.257 del CC. També s'indicava que, en no haver-se pactat expressament cap condició resolutòria ni cap altra garantia real de les obligacions contingudes en el contracte de cessió, no podien ser oposables a qui no havia estat part, interpretant l'art. 9 de la Llei 23/2001, no com un precepte que atorga efectes *erga omnes* al contracte en relació amb els successius adquirents, sinó amb efectes merament publicitaris i, finalment, afegia que no era necessari analitzar si J. SL era un tercer adquirent de bona fe, ja que no se n'havia atacat l'adquisició.

10.- Un cop interposat el recurs d'apel·lació contra aquesta sentència, l'Audiència Provincial la va confirmar amb els mateixos arguments, explicant en relació amb l'art. 9 de la Llei en el FJ 3er que:

"EFICÀCIA DE LA INSCRIPCIÓ EN EL REGISTRE DEL CONTRACTE DE PERMUTA. No canvia les coses, com molt bé explica la jutge de primera instància en la seva resolució, el fet de la inscripció del contracte de permuta litigiós en el Registre de la Propietat. Quan l'article 9 de la Llei 23/2001 diu que els contractes de permuta inscrits són oposables a tercers, això s'ha d'entendre en el context dels principis del dret immobiliari. Les inscripcions del Registre produeixen els efectes que els són propis pel que fa als negocis amb transcendència real. Així, els tercers no poden al·legar ignorància, un cop inscrit un contracte de permuta, sobre la identitat del nou propietari, o, i tornem a



l'exemple que hem fet servir com a contrast, sobre l'existència d'una condició resolutòria. Però no els podem demanar que, si adquireixen la finca que n'és l'objecte, substituïssin els transmissors en les obligacions que hagin pactat aquests a títol personal amb l'altra part del contracte de permuta precedent. Tot gira a l'entorn del mateix principi de relativitat del contractes".

Conclou en el Fj 4rt que:

"RECAPITULACIÓ. Conclouen els apel·lants el seu recurs amb una reflexió sobre el fet que, si l'ampliació de la demanda no és estimada, la sentència dictada contra la societat que sí que va ser part en el contracte de permuta esdevindrà inútil, amb les conseqüències injustes que se'n deriven, en permetre que unes persones que han actuat, segons el seu criteri, amb mala fe, obtinguin un enriquiment injust mitjançant l'elusió de les seves obligacions. Però és que hi ha un problema processal, que neix del fet que l'eficàcia del contracte en el qual sí ha pres part la segona demandada no ha estat impugnada. Així, tenim, d'una banda, una societat que ha adquirit la parcel·la litigiosa mitjançant un contracte l'eficàcia del qual no ha estat combatuda en aquest plet, i que, en no ser part del contracte de permuta precedent, no pot ser obligada a complir els compromisos que se'n deriven, d'aquest. I, d'altra banda, una altra societat que sí que va ser part del contracte de permuta que diem, però que, en no ser propietària ja de la parcel·la a la qual es refereix, en virtut precisament del contracte de venda de la mateixa parcel·la, que, hi hem d'insistir, no ha estat impugnat, no té la possibilitat material de complir el

seu compromís -i, com que podem presumir és insolvent, hem de pensar que no pot fer front, tampoc, a una eventual execució per substitució-. La situació pot ser, des del punt de vista de la justícia material, paradoxal, però, de la manera en què ha estat plantejat el procediment, no hi podem fer res. El recurs ha de ser rebutjat, i la sentència de primera instància ha de ser confirmada pels seus mateixos fonaments de dret, que aquesta Sala comparteix fil per randa".

Els actors van recórrer en cassació plantejant davant la Sala civil del TSJCat la interpretació que s'havia de fer de l'art. 9 de la Llei 23/2001, que estableix que:

Els actors van recórrer en cassació plantejant davant la Sala civil del TSJCat la interpretació que s'havia de fer de l'art. 9 de la Llei 23/2001.

El contracte de cessió de finca o d'edificabilitat és oposable davant tercers d'ençà que se n'hagi fet la inscripció en el Registre de la Propietat.

D'acord amb l'art. 9, la part recurrent defensava que la constància en el Registre de la propietat de les condicions de l'escriptura sobre les clàusules del contracte també havia d'afectar a qui va adquirir la finca del cessionari, que no podia al·legar la seva condició de tercer de bona fe i, en conseqüència, també s'obligava a entregar l'obra.

Aquesta al·legació va obligar la Sala a

entrar a analitzar el contracte subscrit, les garanties a favor del cedent, així com la interpretació de l'art. 9 de la Llei.

- El contracte subscrit pels litigants

La Llei reguladora del contracte de cessió de finca per obra futura admet dues modalitats de cessió en el seu art. 2: a) *La transmisión total de una finca o de la edificabilidad a cambio de la construcción futura.* O bé per: b) *La transmisión de una cuota de una finca o de la edificabilidad en la proporción que la persona cedente y la cesionaria determinen, constituyendo una situación de comunidad.*

En el primer cas, el contracte, juntament amb la tradició –art. 531-1 CCCat–, atorga al cessionari la plena propietat del solar o parcel·la, mentre que el cedent només adquirirà la propietat de l'habitatge o local quan acabi l'obra i es produeixi la tradició. Així es desprèn del que es disposa en els arts. 3.5 i 4 de la Llei 23/2001.

En la segona modalitat, és a dir, la cessió per transmissió parcial, es constitueix una comunitat entre el cedent i el cessionari en la proporció que es determini. Al contrari que en el cas anterior, el cedent no es desprèn de la totalitat de la cosa, sinó que juntament amb el cessionari comparteix la propietat de la finca cedida.

La titularitat compartida entre el cedent i el cessionari, amb efectes reals davant de tercers, va adquirir rellevància en el dret estatal a partir de la Resolució de la DGRN de data 16 de maig de 1996 i que va motivar que el RD 1867/1998 de 4 de setembre donés una nova redacció a l'art. 13 RH, de conformitat amb la qual:

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

Salvo que en el título de cesión se pacte otra cosa, el cesionario podrá por sí solo otorgar las escrituras correspondientes de obra nueva y propiedad horizontal, siempre que coincida



exactamente la descripción que se haga en ellas de los elementos independientes a que se refiere el párrafo anterior. La inscripción de la propiedad horizontal determinará que tales elementos queden inscritos a favor del cedente, sin necesidad de formalizar acta notarial de entrega.

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

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

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

D'aquest fragment es despenia la possibilitat que el contracte de cessió tingués un contingut real oposable a tercers, sempre que la finca a cedir com a contraprestació estigués perfectament identificada i s'hagués pactat la transmissió actual dels pisos o locals de l'edifici. En aquests casos, la norma presumia la creació d'una comunitat entre cedent i cessionari del solar (tal com havia resolt la DGRN en la resolució de 16 de maig de 1996 i després la STS, Sala 3a de 13 de juliol de 2005 o de 7 de maig de 2009).

La introducció del precepte es considerava necessària per dotar el cedent de més garanties, ja que, de conformitat amb l'art. 2 de la LH i 7, 9 i 51 del Reglament, només podien accedir al Registre de la Propietat els actes o contractes amb transcendència real i no el seu contingut obligacional, tret els que alguna norma exceptuï, com el cas del contracte d'arrendament (art. 2.5 LH) o el dret d'opció (art. 14 del RH).

No obstant això, els tres primers paràgrafs de l'art. 13 RH van ser anul·lats pel Tribunal Suprem, Sala 3a, mitjançant Sentència de 31 de gener de 2001, tant pel rang

reglamentari d'aquesta norma, com per no respectar la teoria del títol i del mode.

Per la seva part, la doctrina tradicional del Tribunal Suprem, Sala 1a, s'ha pronunciat reiteradament sobre el contingut obligacional del contracte de permuta. En aquest sentit, STS de 13 d'octubre de 2010, 14 de febrer de 2011 o 29 de juny de 2016.

- Garanties a favor del cedent en la Llei catalana 23/2001.

La introducció del precepte es considerava necessària per dotar el cedent de més garanties, ja que, de conformitat amb l'art. 2 de la LH i 7, 9 i 51 del Reglament, només podien accedir al Registre de la Propietat els actes o contractes amb transcendència real i no el seu contingut obligacional.

La Llei catalana permet que el cedent pugui pactar amb el cessionari per protegir la seva posició jurídica garanties personals o garanties reals com seria una hipoteca, expressament exclosa com obligatòria en la llei, des de la cessió fins al lliurament de la cosa futura. Així es desprèn del seu *iter* parlamentari:

Concretament, l'acta del Ple del Parlament de data 17-12-2001, en la qual es va aprovar la norma, estableix que: "No s'ha considerat convenient reforçar la posició del cedent, garantint l'efectiva i completa realització de l'obra, a través de l'exigència obligatòria de la seva constitució, d'un dret d'hipoteca sobre la finca o la quota que d'aquesta ha adquirit, o de qualsevol altra garantia, en compliment de l'obligació del cessionari de construir i entregar determinats pisos o locals al cedent. El cedent i el cessionari poden, lògicament, en el lliure exercici de l'autonomia de la voluntat, estipular les garanties que tinguin per convenients..." Diari de Sessions del Parlament de Catalunya n.73.

Entre aquestes garanties es troba l'aval bancari o la condició resolutoria explícita, expressament previstes en la Llei 23/2001 mitjançant pacte, o qualsevol altres previstes en l'ordenament jurídic que, si tenen naturalesa real, accediran al Registre de la propietat i seran oposables a tercers.



La mesura més nova que introdueix la Llei 23/2001 és la resolució cautelar a instància del cedent, després d'un requeriment fefaent, quan la llicència d'obres no s'ajusti als pactes acordats, si la cessió era prèvia a la seva obtenció, o bé, amb caràcter general, quan les obres no s'hagin iniciat en el termini pactat per causa que no sigui imputable al cedent (art. 3.4).

- Interpretació de l'art. 9 de la Llei 23/2001

La Sala afirma que l'article 9 de la llei s'ha d'interpretar en el context legal, ja que la determinació del que pugui accedir al Registre de la propietat es regula en la Llei hipotecària i en el seu Reglament, sent competència exclusiva de l'Estat l'ordenació dels registres i instruments públics (art. 149.1.8 CE).

Concretament, els arts. 1.1, 2, 11 i 98 de la LH i els arts. 7, 9, 13 i 51 del Reglament Hipotecari impedeixen que la contraprestació pactada com obligacional pugui ser considerada com una càrrega real de la finca.

En conseqüència, l'art. 9 de la Llei haurà de ser interpretat en el sentit més coherent, tant en el sistema de garanties específic previst en els arts. 3 i 6 a 8 de la Llei 23/2001, com en el nostre sistema hipotecari. D'aquesta manera, tindran transcendència real i, per tant, oposables *erga omnes*, aquelles clàusules del contracte que tinguin aquesta naturalesa (la transmissió de la propietat al cessionari, condicions resolutòries o hipoteques voluntàries...), ja que ja hem vist que la redacció actual de l'art. 13.4 del RH no confereix efectes reals a



la inscripció de la contraprestació de la permuta pactada amb efectes obligacionals.

La Sala recorda que així es va exposar en la sentència que abans s'ha comentat i també en la STSJCat n. 7/2015, de 27 de gener.

Un cop establerta la doctrina anterior, la Sala va intentar donar-li un significat a l'art. 9 de la llei establint que:

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

Dicha publicidad no lo será de la situación jurídico-real de la finca -así se deduce de las certificaciones registrales obrantes en autos en las que no se consigna como tal- pero es

claro que impedirá alegar desconocimiento del contrato y de las obligaciones concluidas por el promotor con los cedentes.

Efectivamente, como establecen las sentencias de instancia, en el contrato de autos, tal y como fue concebido por las partes, la contraprestación no tenía efectos reales puesto que no se configuró una comunidad entre cedente y cesionario, no se garantizó la contraprestación con hipoteca, ni se pactó una condición resolutoria expresa, y aunque pudiésemos entender el derecho de los cedentes como un ius ad rem, (solamente vocación al derecho real) como parece admitir la RD-GRN de fecha 24 de junio de 2009, lo cierto es que difícilmente podría catalogarse como un ius in re (derecho real consolidado), oponible erga omnes.

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

En el recurs també s'al·legava la infracció de l'art. 111-7 del CC, i la Sala civil va analitzar si es podia aplicar aquest article a la situació produïda, tenint en compte que els autors no havien sol·licitat la resolució del contracte, sinó que n'havien sol·licitat el compliment específic.

- El principi de bona fe de l'art. 111-7 i la seva aplicació en el cas d'autos

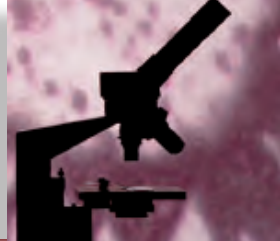
La Sala de cassació es va pronunciar en el sentit de no compartir el criteri de les sentències d'instància, que no havien donat cap valor informatiu a les dades del contracte que constaven en el Registre, basant-se en una interpretació estricta de l'art. 1257 paràgraf 1er del CC que estableix que *“los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos.”*

No es tenien en consideració altres preceptes legals com l'art. 111-7 del CCCat, que consagra el principi de bona fe i de l'honradesa dels tractes en les relacions jurídiques privades, principi que impregna tot l'ordenament jurídic de Catalunya en tots els seus àmbits, ni la doctrina del Tribunal Suprem, Sala 1a, que sobre la base del mateix principi ha anat modulant el principi de relativitat dels contractes de l'article 1257 del CC.

D'aquesta manera, la Sala civil va aplicar la doctrina de la STS, Sala 1a de 6-11-2014, o la de 6-10-2015 que, reiterant altres anteriors, particularment la de 8-4-2015, i després de constatar *“como principio general que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento (SSTS de 23 de julio de 1999, 9 de septiembre de 1966),”* acaba considerant que aquest principi pot ser modulats en funció de les circumstàncies particulars del cas.

D'aquesta manera, el Tribunal Suprem, davant la petició dels cedents al promotor de l'entrega de la finca compromesa lliure de càrregues i gravàmens, particularment lliure d'una hipoteca a favor d'una entitat bancària que en aquell procediment va fer les mateixes al·legacions que J. SL en el nostre plet, va afirmar que el principi de *“relatividad no es tan absoluto que no pueda extenderse a personas que no han intervenido en lo pactado en el contrato (STS 9 de febrero de 1965), así como que los causahabientes a título singular (compraventa) no son terceros (STS 1 de abril de 1977 y 24 de octubre de 1990), trascendiendo a estos los derechos y obligaciones del contrato, con excepción de los personalísimos, al penetrar los causahabientes en la situación jurídica creada mediante el negocio celebrado con el primitivo contratante (STS 2 de noviembre de 1981 y 27 de marzo de 1984).”*

Es tracta d'una doctrina que, tot i que, fonamentalment s'elabora per a la transmissió dels drets a títol singular, també és extensible a les obligacions, de conformi-



tat amb les SS d'11 d'abril de 2011, o 28 de març de 2012, que declaren que el principi de relativitat dels efectes dels contractes no s'ha mantingut de manera general i abstracta, sinó d'una manera concreta i determinada i que *"dentro de esta concreción, la doctrina y la jurisprudencia han centrado su atención en las adquisiciones a título singular y por actos inter vivos del dominio de un bien y los contratos que el causante hubiera celebrado con referencia al mismo antes de la transmisión... A pesar, pues, de la relatividad de los contratos, en ocasiones se ha impuesto al contratante la necesidad de soportar los efectos de aquellos contratos precedentes que celebró quien le transmite, si influyen en el derecho que se le transmite, razón por la que no se le reputa tercero en el orden civil (STS 5 de octubre de 1965).... La cuestión presenta un evidente punto de contacto con las obligaciones propter rem (por razón de la cosa) constituidos en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien, como añade las recientes sentencias de la Sala antes citadas, pues tales obligaciones van necesariamente unidas a una titularidad jurídico-real, de modo que su vinculación para el adquirente es necesaria consecuencia de la transmisión del derecho real."*

En definitiva, el Tribunal Suprem considera que els tercers tenen un deure de respecte del dret de crèdit aliè, que és una conseqüència del deure general de respecte dels drets subjectius i situacions jurídiques que integren l'esfera jurídica dels altres i del genèric principi *"neminem laedere"*.

El TS també va analitzar aquesta qüestió des del punt de vista dels principis hipotecaris, establint que *"tratándose de compromisos que afecten a la consistencia, existencia y demás circunstancias del derecho transmitido, que se puedan tildar de reales se habrá de estar a las salvedades que procedan de la aplicación de principios hipotecarios, debiendo ser tenida en cuenta la protección registral o, al menos, el conocimiento por el causahabiente a título particular, i acaba exigint que planteándose la oponibilidad del contrato para que sea respetado por terceros, será preciso su publicidad o el conocimiento de aquel por éstos..."*.



La STS, Sala 1a de 8 d'abril de 2015 estableix que *"Tal exigencia late en nuestra jurisprudencia, pues una cosa es que tratándose de un gravamen real o de una obligación inherente a la titularidad de la cosa, susceptible de ser calificada como una obligación propter rem, suponga la subrogación de los sucesivos titulares del inmueble, y otra que no sean necesarios determinados presupuestos para que se encuentren vinculados por obligaciones de tal naturaleza que inciden en la determinación o limitación del dominio de la cosa adquirida."*

En definitiva, el Tribunal Suprem considera que els tercers tenen un deure de respecte del dret de crèdit aliè, que és una conseqüència del deure general de respecte dels drets subjectius i situacions jurídiques que integren l'esfera jurídica dels altres i del genèric principi *"neminem laedere"*.

Per cassar la sentència de l'Audiència, el TSJCAT va valorar que J. SL, administrada per l'esposa de l'administrador G. SL, coneixia el contracte subscrit pel marit amb els actors, tant per la seva relació de parentiu amb qui el va firmar, com perquè els compromisos adquirits constaven en el Registre de la propietat, assumint les obligacions contretes per G. SL en la construcció de l'edifici i adoptant la posició del cessionari, per la qual cosa en adquirir tot el solar també va assumir les obligacions conegudes, com era la de cedir un dels habitatges de l'edifici i construir-lo als propietaris primitius de la parcel·la.

Vam entendre que així ho exigia l'art. 111-7 del CCCat, ja que el principi de bona

fe s'estableix amb la finalitat d'evitar els perjudicis causats a persones de bona fe davant aquells qui adopten una conducta dolosa de la qual deriven perjudicis directes sobre els primers.

Per tot això, cassant la Sentència, es va condemnar J. SL a complir *in natura* l'obligació contreta en el seu moment per G. SL, ja que aquesta era la pretensió exercida i no era necessari que s'instés la nul·litat de l'adquisició del solar per J. SL, quan aquesta societat estava en condicions de complir el que s'havia pactat de mantenir sota el seu domini una de les entitats construïdes.

2.- Dret de Successions

La manca de relació continuada com a causa de desheretament entre el causant i el legitimari en el Codi civil de Catalunya. Les Sentències del TSJCat de 8 de gener de 2018 i de 31 de maig de 2018.

-L'evolució de la llegítima en el dret successori català

Com sabem, la llegítima és una atribució de contingut patrimonial que la llei reserva en una successió a determinades persones per la seva relació familiar amb el causant.

La participació, sobretot dels fills, en la riquesa creada pels pares ha estat una constant en el Dret civil català, com en d'altres del nostre entorn. A Catalunya, no sense algunes oscil·lacions, es va consagrar el sistema de quarta del dret justinianeu, i l'hereu la podia pagar en diners o en béns de l'herència.



La Compilació del Dret civil de Catalunya (CDCC) de 21.7.1960 ja regulava la institució i l'Exposició de motius del Codi de successions de 1991, reiterava el caràcter de la l'ilegítima com la institució que atribueix a determinades persones el dret a exigir dels hereus unes atribucions concretes.

També ha estat una constant en el nostre Dret el debilitament progressiu de la institució, atès que estava recollida en la Compilació del Dret civil de Catalunya com un dret gairebé real. Amb la modificació soferta per la Llei 8/1990 va evolucionar a Dret personal del legitimari contra l'hereu, en desaparèixer la menció legitimària, i es va mantenir amb la mateixa forma en el Codi de successions de 1991, en què també es va regular el desheretament.

Amb la promulgació del llibre IV del Codi civil català, fins i tot conservant la institució –malgrat la polèmica doctrinal sorgida, ja que una part de la doctrina s'inclinava per suprimir-la–, es produeixen algunes variacions importants en la línia de restringir aquests drets, iniciades amb la modificació de l'any 1990, singularment en matèria de desheretament, ja que les causes s'amplien en el llibre IV del Codi civil català aprovat per la Llei 10/2008.

–Les causes de desheretament en el Codi civil de Catalunya

Com es va dir en la Sentència del TSJCat 32/2009, de 6 de setembre de 2010, amb remissió a la del TSJCat 10/2003, de 24 d'abril:

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

En el llibre IV del Codi civil català, les causes de desheretament es preveuen a l'article 451.17.

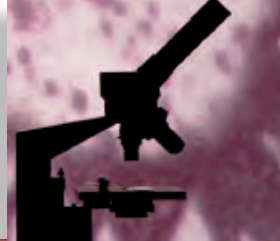
A més de les causes d'indignitat que estableix l'article 412.3 també ho són: la denegació d'aliments al testador o al seu cònjuge o convivent en parella estable, o als ascendents o descendents del testador, en els casos en què hi hagi l'obligació legal de prestar-los; el maltractament greu al testador, al seu cònjuge o convivent en parella estable, o als ascendents o descendents del testador; la suspensió o la privació de la potestat que corresponia al progenitor legitimari sobre el fill causant o de la que corresponia al fill legitimari sobre un net del causant, en ambdós casos per causa imputable a la persona suspesa o privada de la potestat, i finalment, l'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, si és per una causa exclusivament imputable al legitimari, que és objecte de les dues sentències del TSJCat que es comenten.

En el Preàmbul de la norma es recorda que es manté la “legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir la reclamación”.

Amb la promulgació del llibre IV del Codi civil català, fins i tot conservant la institució (...), es produeixen algunes variacions importants en la línia de restringir aquests drets.

D'aquesta manera, no solament es modifica la redacció d'alguna de les causes de desheretament recollides abans en el Codi de successions (així la causa 451.17.2.c, en la qual se suprimeix que el maltractament hagi de ser d'obra i s'amplia l'àmbit subjectiu dels afectats: “El maltrato grave al testador o a su cónyuge o conviviente en unión estable de pareja, o a los ascendientes o descendentes del testador”), sino que se n'afegeix una de més nova, que és “la ausencia manifesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”.

El legislador, en el Preàmbul del llibre IV, ja constata la possibilitat que la norma sigui una font de litigis, però destaca davant aquest risc “el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que está subyacente”.



I és que, efectivament, no es pot oblidar que el dret a la legítima es basa en les relacions familiars que es presumeixen presidides per l'afecte i els vincles de solidaritat.

La llegítima suposa una limitació en el dret a la llibertat de testar per protegir les famílies dels abusos de les actuacions discriminatòries que fomentin desavinences i plets entre els familiars. Malgrat tot, quan la solidaritat intergeneracional ha desaparegut perquè el legitimari ha incorregut en alguna de les conductes reprovables previstes a la Llei, la seva privació és legítima.

Com diu la Sentència del TSJCat, de 2 de febrer de 2017: *"No sería equitativo que quién renuncia a las relaciones familiares y al apoyo y ayuda de todo tipo que estas comportan, después sea beneficiado por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales"*.

-L'evolució de la doctrina del Tribunal Suprem pel que fa als maltractaments d'obra de l'art. 853.2 del Codi civil.

Així, trobem la Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem, de 3 de juny de 2014, i la més moderna, de 30 de gener de 2015, les quals expressen que l'enumeració taxativa de les causes de desheretament, sense possibilitat d'analogia ni d'interpretació extensiva, no vol dir que la interpretació o valoració de la causa concreta, prèviament admesa per la Llei, hagi de ser realitzada amb un criteri rígid o summament restrictiu.

El Tribunal Suprem, conscient de l'evolució de la societat, que no comprèn com la llei pot reservar fins a dos terços de les herències (és la legítima del dret castellà) a legitimaris amb vincles de sang, però que no tenen pràcticament relació amb el testador per discrepàncies i enfrontaments personals continuats en el temps, en detriment de les persones que han tingut un vincle afectiu més proper, ha ampliat el concepte de maltractament d'obra per incloure també els maltractaments de caràcter psicològic.

Així, trobem la Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem, de 3 de juny de



2014, i la més moderna, de 30 de gener de 2015, les quals expressen que l'enumeració taxativa de les causes de desheretament, sense possibilitat d'analogia ni d'interpretació extensiva, no vol dir que la interpretació o valoració de la causa concreta, prèviament admesa per la Llei, hagi de ser realitzada amb un criteri rígid o summament restrictiu.

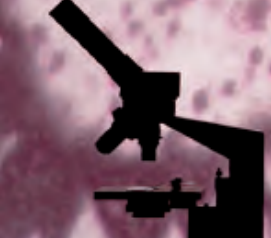
"Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil Legislación citada CC art. 853.2), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. De modo que en la actualidad, el maltrato psicológico, como "acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima", debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra como causa de desheredación, tanto porque así lo exige nuestro sistema de valores constitucional, basado en "la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE Legislación citada CE art. 10)"; como porque así viene querido por el ordenamiento jurídico en su integridad, según se desprende del reconocimiento de la figura que, con vocación expansiva, se efectúa en el campo de la legislación especial (Ley Orgánica 1/2004, de protección integral de la violencia de género); como, finalmente, porque así lo precisa el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos reconocido por la jurisprudencia del TS y de esta Sala, "no solo como cánón interpretativo, sino tam-

bién como principio general del derecho (STS 827/2012, de 15 enero) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de favor testamenti (STS 624/2012, de 30 octubre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 30-10-2012 (rec. 797/2011))".

Així, en la STS 258/2014 el menyspreu i l'abandó familiar del pare durant els darrers anys de vida per part dels seus dos fills es va considerar una causa justa de desheretament i en la STS 59/2015 es va estimar la concurrència de maltractament psicològic continuat d'un fill en relació amb la seva mare pel fet d'haver-la privat de manera fraudulenta del seu patrimoni immobiliari, la qual cosa li va provocar notables dificultats econòmiques en els darrers anys de vida.

Doncs bé, aquesta doctrina també s'ha aplicat a Catalunya sota la vigència del Codi de successions (CS), no només perquè la redacció del precepte era, en ambdós casos (CS i CC), pràcticament idèntica, sinó perquè la llegítima és una institució més fràgil i feble en la legislació catalana que en la del Codi civil i perquè la voluntat del testador resulta del tot primordial en el dret successor català.

En aquest sentit, la STSJCat, de 2 de febrer de 2017, va apreciar la validesa del desheretament feta per la causant, àvia del legitimari, per motiu del maltractament psicològic, atès l'abandó d'aquest envers els avis al final de les seves vides en un medi rural. En la Sentència també es remarca que no es pot identificar el maltractament encar-



dinable, si de cas, en el núm. 3 de l'article 370 del CS, amb el simple distanciament de la relació familiar que no estava recollida com a causa de desheretament en el CS.

En el llibre IV del Codi civil de Catalunya les dues causes es regulen per separat, de manera que l'apartat e de l'article 451-17.2 es refereix estrictament a l'absència de relació familiar, però no inclou altres formes patològiques de relació entre el causant i el legitimari, ja recollides en les causes precedents.

A diferència de l'absència continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, el maltractament greu pot anar adreçat no només contra el testador o la testadora, sinó també contra el seu cònjuge, parella de fet, ascendents o descendents, cosa que no passa amb la manca de relació familiar, que se circumscriu al causant i al legitimari.

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

Segons la doctrina, seguint la normativa legal, el pressupòsit d'aplicació del precepte és l'absència de relació familiar, cosa que suggereix que no ho és una relació personal escassa o esporàdica, atès que la manca de tracte ha de ser pràcticament completa; a més, ha de ser manifesta i continuada. El requisit que l'absència de relació familiar sigui manifesta tendeix a facilitar la prova de la causa de desheretament, ja que si hagués transcendit, per la seva gravetat i persistència de l'àmbit familiar, la prova pot ser facilitada per testimonis aliens. En relació amb el requisit de la continuïtat, la Llei no exigeix

un temps mínim d'absència de contacte però, és clar, que ha de ser suficient per entendre la situació com consolidada.

A més, es requereix que el distanciament sigui exclusivament imputable al legitimari, la qual cosa exigeix entrar en les causes o motius que van portar el causant i el legitimari a la situació esmentada i la conducta seguida per les dues parts, és a dir, en la valoració d'elements de caràcter subjectiu.

Tenint en compte la data de l'entrada en vigor del llibre IV del Codi civil de Catalunya, no hi ha un nombre elevat de sentències de les Audiències sobre aquesta causa de desheretament, però a la Sala civil i penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ja ha arribat el primer cas, que la Sala va resoldre en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 8 de gener de 2018.

-Supòsit de fet

1.- Severino i Estrella van contreure matrimoni el 1972, fruit del qual van néixer les filles Dulce (1973) i Isidora (1977).

2.- Severino i Estrella es van separar de fet al novembre de 1980, la qual cosa va provocar que Estrella anés a viure, amb les filles de 7 i 3 anys, a Girona, mentre ell romania al domicili que havia estat familiar.

3.- La Sentència de 10 de juny de 1983 va aprovar el divorci de mutu acord de Severino i Estrella, i el dia 5 de març de 1989 Severino es va casar amb Maria Immaculada, amb qui no va tenir descendència.

4.- Severino va morir el 7 d'octubre de 2013 a l'edat de 65 anys i va deixar establert en el seu darrer testament, atorgat davant Notari el 30 d'octubre de 2012, que instituïa hereva universal la seva dona Maria Immaculada al mateix temps que desheretava les filles Dulce i Isidora amb la fórmula següent: *"nada lega en concepto de legítima a sus hijas Dulce y Isidora por haber incurrido en la causa prevista en el artículo 451-17 del vigente Código de sucesiones de Cataluña, Ley 10/2008 de 10 de julio (la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario)"*

5.- La demanda de nul·litat del desheretament va ser promoguda per les filles del testador el 9 de maig de al 2014.

6.- Les sentències de primera i segona instància recaigudes en el procés van coincidir a afirmar que el desheretament de les filles del testador era injusta. En particular, la sentència d'apel·lació va subratllar (i) que la manca de relació familiar continuada entre elles i el seu pare des del divorci dels progenitors fins a l'any 2010 és un fet no controvertit i no imputable a les filles, atesa la *"posición preeminente del padre"* en aquell llarg període, i (ii) que l'intent de retrobament que hi va haver a partir de l'any 2009, tant si obeïa a la iniciativa del pare o d'elles, manifestat en els anys 2011-2013 sobretot en contactes per Facebook, per telèfon i fins i tot amb una visita presencial entre els tres, no va quallar en una relació normalitzada a causa dels *"muchos años de distanciamiento"*, sense que això suposés un rebuig explícit al restabliment de les relacions amb el pare per part de les filles ni una *"profunda desavenencia"* entre ells, raons per les quals no podia fer-les responsables exclusives del fracàs.

L'hereva va formular recurs de cassació contra la Sentència de l'Audiència.

Es van plantejar dues qüestions en el recurs: en primer lloc, el criteri temporal de valoració de l'existència de la causa de desheretament i, en segon lloc, la mateixa existència de la causa.

La part recurrent fonamentava el seu recurs en l'afirmació que la valoració de l'existència de la causa de desheretament prevista a la norma esmentada *"se tiene que hacer tomando en consideración solo los hechos acontecidos en fecha anterior a la del*



testamento, puesto que estos serían, eventualmente, los que explicarían la decisión del difunto”.

La Sentència diu que partint de la base que la llegítima és una institució de Dret successori fundada en la solidaritat intergeneracional entre la família (l'article 39.1 de la Constitució espanyola insta els poders públics a assegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia”), i que la privació correlativa d'aquest dret s'ha de fonamentar en l'existència d'una de les causes previstes a la Llei que demostrin un comportament contrari als principis de respecte, assistència recíproca i solidaritat que caracteritzen la família en sentit ampli (article 451-17 del Codi civil de Catalunya), és natural que la causa feta valer pel testador hagi d'existir inexcusablement en el moment en què es formalitza el desheretament, ja que en el cas contrari ens trobaríem davant una declaració de voluntat ineficax per manca de fonament.

La Sentència diu que partint de la base que la llegítima és una institució de Dret successori fundada en la solidaritat intergeneracional entre la família (...), i que la privació correlativa d'aquest dret s'ha de fonamentar en l'existència d'una de les causes previstes a la Llei que demostrin un comportament contrari als principis de respecte, assistència recíproca i solidaritat que caracteritzen la família en sentit ampli, (...) és natural que la causa feta valer pel testador hagi d'existir inexcusablement en el moment en què es formalitza el desheretament.

Aquesta conclusió, però, és perfectament compatible amb el fet que el comportament posterior del mateix causant o del legitimari desheretat pugui ser pres en consideració, no ja només per provar una reconciliació o perdó eventual, que poden ser anterior o posterior al desheretament la càrrega de la prova del qual correspon al desheretat (articles 451-19.1 i 451-20.2 del Codi civil de Catalunya), sinó principalment, ja en la perspectiva específica de l'article 451-17.2 del mateix Codi, a l'efecte de provar l'existència o no de relació familiar en el



moment del desheretament, o per esbrinar la imputabilitat de la manca continuada de relació familiar al causant, al legitimari o als dos.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va entendre que la Sentència de l'Audiència era correcta ja que, d'una banda, va analitzar la causa de la manca absoluta de relació entre el causant i les seves filles des de l'any 1989 fins al 2009 concloent que aquest distanciament no era imputable de cap manera a les filles a causa de la posició llavors preeminent del pare i al refredament dels vincles entre fills i progenitors –principalment amb el no custodi, com era el cas– que comporten en massa ocasions les crisis conjugals; i per altra banda, perquè s'aprecia que després d'un contacte esporàdic el 2009, que va tenir un significat de tipus més aviat administratiu (inclusió de Dulce com a beneficiària a la targeta sanitària espanyola del pare), els contactes entre el pare i les filles es van reprendre més tard “por Facebook, por teléfono y al menos una visita presencial de las hijas a su padre”.

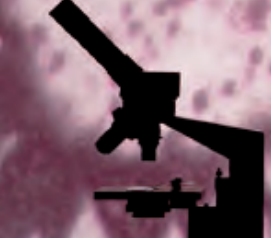
Explica la Sentència que:

Atès que la data clau per a la verificació de la concurrència de la causa del desheretament litigiós és la del dia 30 d'octubre de 2012, la comprovació ha de fer-se tenint primordialment en compte les susdites comunicacions via Facebook, però sense prescindir radicalment -com pretén la recurrent- dels fets posteriors, puix que la conducta duta a terme per les legitimàries en relació al seu pare després d'aquella data (comunicacions telefòniques i visita personal)

també ha de ser valorada com a mostra d'un suposat restabliment de relacions que faria la funció de reconciliació per mitjà dels actes d'indubtable significació a què al·ludeix l'article 451-19.1 CCCat, o si més no com a evidència de la disposició de les pròpies filles a aquest restabliment.

En conseqüència, la sentència recorreguda no incorre en la vulneració legal denunciada en aquest motiu del recurs pel fet d'haver valorat -per bé que sense la convenient distinció cronològica dels fets- la concurrència de la causa de desheretament formalitzada en un testament notarial d'octubre de 2012 atenent a les circumstàncies concurrents fins aquesta data, però també en funció de fets ocorreguts en els dotze mesos posteriors -fins la mort del testador- summament reveladors de l'evolució de les relacions personals entre el pare testador i les filles legitimàries.

Pel que fa a la causa prevista en l'article 451-17.2 del Codi civil de Catalunya, la Sentència diu que si el desheretament tradicional consisteix en la sanció imposada al legitimari que té un comportament contrari als deures familiars bàsics (denegació d'aliments, maltractament greu d'obra, incompliments dels deures de la potestat parental), amb la nova causa de desheretament el legislador fa un pas endavant conscient que el model familiar actual posa més èmfasi en els vincles afectius que en el parentesc, i considera una causa justificada de pèrdua de la llegítima la ruptura afectiva entre el causant i el legitimari manifestada simplement a través de “l'absència manifesta i continuada de relació familiar” entre ells, sempre que l'absència esmentada sigui



exclusivament imputable al legitimari.

Continua dient que:

“La regla pressuposa que el vincle de parentiu en els graus que donen lloc a la llegítima crea naturalment una relació familiar, entesa com a relació propera (pot servir de cànon interpretatiu l’expressió «tracte familiar» emprada per l’article 443-5 CCCat per supeditar els drets successoris intestats entre parents per adopció a la concurrència d’aquest tipus de relació), no necessàriament convivencial, de manera que l’absència «manifesta i continuada» -es requereix per tant una certa notorietat i continuïtat en el temps- de relació familiar és justa causa de desheretament, per bé que la manca de relació ha de ser imputable en exclusiva al legitimari no debades es tracta indiscutiblement d’una sanció civil.”

Per tant, la causa de desheretament no es donava.

Aplicant els criteris de causalitat adequada vinculats a les circumstàncies del cas, no seria causa de desheretament la desaparició del vincle afectiu si va ser imputable al causant ni tampoc si ho era en parts significatives al mateix causant i al desheretat.

Recorda la Sentència que el projecte de llei inicial del llibre IV ampliava considerablement l’abast d’aquesta causa de desheretament, ja que tan sols exigia que la situació de “trencament manifesta i continuat en el temps de la relació familiar” no fos per causa exclusivament imputable al causant.

Partint de les bases exposades, el recurs es va desestimar.

Amb tot, la Sentència reconeix que:

“En el cas d’una perllongada absència de relació entre un progenitor i el seu fill per conseqüència del simple refredament del vincle afectiu, si qualssevol d’ells intenta amb actes d’indubtable significació el restabliment de la relació i es troba amb la pertinença i injustificada negativa de l’altre, aquest darrer comportament pot considerar-se suficient per apreciar la causa de desheretament de l’article 451- 17.2, e) CCCat, puix que fa impossible i per una causa només a ell imputable la recuperació de la normalitat familiar.”

Tot i això, nega que en el cas del litigi s’hagués produït aquesta situació, ja que del contingut de les comunicacions entre el pare i les filles s’inferia que la reacció de

les germanes no va consistir en un rebuig contundent al restabliment de relacions proposat pel pare per la intermediació d’una amiga de la infància, sinó una resposta cautelosa a les propostes de reprendre unes relacions inexistents durant una vintena llarga d’anys i que, per tant, exigien un període d’instauració progressiu que es va veure truncat per la mort del pare.

En definitiva, la Sala va concloure que la manca de relació familiar veritable entre el testador i les seves filles no podia qualificar-se “d’exclusivament imputable” a elles, raó per la qual el seu desheretament va ser qualificat d’injust.

Aplicant els criteris de causalitat adequada vinculats a les circumstàncies del cas, no seria causa de desheretament la desaparició del vincle afectiu si va ser imputable al causant ni tampoc si ho era en parts significatives al mateix causant i al desheretat.

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

-Supòsit de fet

1.- Antonio i Felisa van contreure matrimoni l’any 1962, fruit del qual van néixer els fills José (1963), Pedro (1967) i Pascual (1968);

2.- Antonio va abandonar el domicili familiar l’any 1977, raó per la qual el 12 de juliol d’aquell mateix any es va dictar sentència eclesiàstica de “separació de llit, taula i habitació”, seguida per la interlocutòria de separació provisional dictada per un jutjat civil el 29 de desembre de 1978 que atorgava la guarda dels tres fills menors d’edat a la mare amb un règim de visites i estades amb el pare que mai no es va dur a terme per la seva inacció;

3.- el 28 de febrer de 1993 Antonio, divorciat de Felisa, es va casar amb Lourdes;

4.- Antonio va morir a Barcelona l’any 2013 a l’edat de 75 anys, deixant establert en el seu últim testament, atorgat el 18 de desembre de 2010 davant notari, que desheretava els tres fills del seu primer matrimoni “por no tener ninguna relación familiar con ellos por causas imputables exclusiva-

mente a los legitimarios”, afegint a continuació el testador aquestes paraules: “quiere dejar constancia que la relación es inexistente y que, durante su importante y larga enfermedad de la cual ha estado convaleciente en el hospital en varias ocasiones, no han venido nunca a verlo ni han preguntado por él”; a continuació, instituïa hereva universal la seva segona esposa Lourdes;

5.- la demanda de nul·litat del desheretament va ser promoguda pels fills del testador el 26 de març de 2014;

6.- la sentència de primera instància va declarar just el desheretament dels fills del testador ja que la total manca de relació familiar amb el pare els era exclusivament imputable, com ho deixava palès que no s’haguessin interessat per la salut del pare malgrat les contínues hospitalitzacions que va patir per les diverses patologies que presentava, fins al punt que ni tan sols van assistir al seu enterrament.

7.- la sentència de segona instància va revocar la del jutjat acollint l’acció dels legitimaris demandants, subratllant (i) que la indiscutible continuada manca de relació familiar entre ells i el seu pare es va iniciar amb l’abandonament del domicili familiar per part d’aquest, quan els fills tot just tenien entre 14 i 9 anys, (ii) que el pare no va satisfer cap quantitat per fer front als aliments dels seus fills un cop va sortir de l’habitatge familiar i que -llevat de visites esporàdiques al pati del col·legi on estudiaven per veure’ls de lluny- tampoc no va fer cap intent seriós de contactar amb ells tot i tenir reconegut judicialment un règim de visites durant la minoria d’edat, (iii) que no consta que els fills tinguessin coneixement de l’última malaltia del pare, i (iv) que tampoc no consta que els fills deixessin d’assistir al funeral del seu pare.

Interposat recurs de cassació contra aquesta sentència per l’hereva, el TSJCat ho desestima.

En el mateix sentit que l’anterior Sentència, la Sala civil va dir que, en aquesta causa de desheretament, absència ininterrompuda de relació familiar, calia examinar la seva naturalesa continuada i manifesta, i valorar-ne la imputabilitat al legitimari o al mateix testador tenint en compte tota la durada de la manca de relació, sense que tingui cap sentit restringir-la a l’època immediatament anterior a la formalització del desheretament.



Des d'aquest punt de vista, l'aplicació per part de la sentència de l'Audiència provincial de l'article 451-17.2, e del CCCat era ajustada a la lletra i a l'esperit, ja que l'exclusiva imputabilitat al senyor Antonio de la manca continuada de relació –perllongada més enllà de tres dècades– amb els fills nascuts del seu primer matrimoni derivava d'una doble circumstància: del fet que va ser ell qui va abandonar el domicili familiar quan els fills només tenien 14, 10 i 9 anys d'edat; i de la manca d'actuacions per part seva durant tots aquells anys per tal de reprendre el contacte amb els fills.

-Conclusions que deriven de les dues sentències

D'acord amb el que s'ha exposat, podem concloure que els criteris de la Sala del civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya per donar lloc o no al desheretament per causa d'absència de relació familiar manifesta i continuada entre el causant i el legitimari són els següents:

a) El distanciament personal ha de ser pràcticament absolut i prolongat en el temps.

b) Procedeix l'anàlisi de les raons o causes de l'absència de tracte familiar per comprovar si és imputable o no de manera exclusiva al causant o al legitimari per la qual cosa es tenen en compte criteris subjectius.

c) La causa serà rebutjable si és imputable a ambdues parts.

d) Resulta especialment problemàtica l'aplicació d'aquesta causa quan, tractant-se de pares i fills, el distanciament s'ha produït arran de la separació o del divorci dels pares quan el legitimari era jove, suposant que han de ser els progenitors, que tenen més maduresa personal, els qui primordialment han de fer les actuacions pertinents per continuar o mantenir la relació amb els fills.

*** Les dades personals de les Sentències objecte d'aquesta ponència han estat canviades**

Representació de la societat. Questions pràctiques *

Leticia Ballester Azpitarte
Notari de Torredembarra

El principi que presideix la representació de la societat mercantil és el de l'agilitat i la celeritat del tràfic mercantil mitjançant la protecció del tercer que actua confiant en l'aparença del desenvolupament general dels negocis. Les societats actuen en el mercat a través de la representació orgànica (l'òrgan d'administració), que pot estar constituït per un administrador únic, diversos que actuen solidàriament o mancomunadament (no poden ser més de dos mancomunats en la societat anònima), o bé a través d'un consell d'administració que actua de forma col·legiada.

La representació orgànica es diferencia de la voluntària (la que deriva de l'atorgament de poders) en tres qüestions fonamentals: primer, que és necessària (la societat no pot actuar d'una altra manera en el tràfic); segon, que el seu contingut es determina per la llei, no pel poder i les facultats que s'hi confereixen específicament, com un "vestit a mida"; i, tercer, que està supeditada al control de la junta general de socis (els poders, en canvi, estan supeditats a l'òrgan d'administració). Així doncs, l'àmbit de representació dels administradors, que està fixat per la Llei, s'interpreta àmpliament, mentre que el dels apoderats, que es determina pel contingut del poder, és objecte d'interpretació restrictiva. Això és molt im-

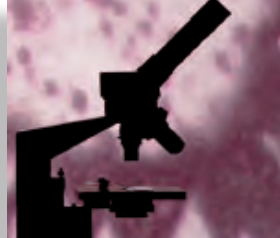


portant perquè determina el barem o l'estàndard de diligència que ha de demostrar el tercer que contracta amb una societat.

Com a regla general, si aquest tercer contracta amb la societat a través d'un apoderat (representació voluntària), ha de veure o cerciorar-se del contingut del poder, comprovant que, en efecte, preveu la facultat que ha d'exercir aquest apoderat i essent, en el cas contrari, responsable de

la seva negligència, ja que *el mandatario no puede traspasar los límites del mandato* (estableix l'art. 1714 del CC) y *el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, pero en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente* (art. 1727). En el supòsit que l'apoderat s'extralimiti en les seves facultats és imprescindible que la societat ratifiqui

* Ponència presentada a la Jornada "Notariat i Empresa: una visió pràctica", que va tenir lloc a la seu de Foment del Treball el passat 28 de maig.



l'acte i, en el cas contrari, no té per què assumir-lo.

En canvi, si el tercer amb qui està contractant és l'administrador de la societat, l'única cosa que ha de controlar és que ell tingui tot el poder de representació (que siguin els dos mancomunats, o el conseller delegat, l'estructura de l'òrgan), però després ja pot descansar tranquil, ja que, com dèiem al principi, per garantir la celeritat del tràfic mercantil, ja ha estat prou diligent i estarà protegit per haver confiat en l'aparença. La justificació d'això és l'art. 234 de la Llei de societats de capital (en endavant, LSC), que en el seu primer paràgraf estableix que *"la representación (aquí ens referim exclusivament a l'orgànica) se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos"* i que *"cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros"*. Per tant, estem davant d'un àmbit mínim i inderogable davant tercers, que és l'objecte social que es dedica a la societat, dins el qual mai no podran resultar perjudicats per qualsevol limitació en la gestió i l'administració que correspon als administradors, fins i tot encara que s'hagi fet constar en el Registre Mercantil (en endavant, RM).

L'origen d'aquest article el trobem en la reforma societària de 1990 que va intentar aclarir la qüestió de l'àmbit de representació dels administradors, introduint el que llavors era l'art. 129 de l'anterior Llei de societats anònimes, i prohibint la inscripció en el RM de l'enumeració de les facultats dels administradors (arts. 124.4 i 185.6 del seu Reglament), tret de les limitacions que, com dèiem, es poden inscriure, però que no produeixen efectes davant tercers. Així doncs, es dona la paradoxa que les limitacions de les facultats inscrites són ineficaces davant tercers quan, precisament, la inscripció en el RM produeix l'efecte de la presumpció del seu coneixement i l'oposició davant tercers. I, si anem més enllà, en aquests casos és absolutament indiferent que el tercer que contracta amb la societat sigui de bona o mala fe ja que, tret que actuï amb una autèntica connivència amb l'administrador (en aquests casos hi ha alguna excepció en la jurisprudència), sempre se'l protegirà i se'l mantindrà en la seva adquisició, fins i tot encara que conegués el contingut del Registre i la inscripció de la limitació.

Il·lustrem això d'abans amb un exemple. Els estatuts inscrits d'una societat, o l'escriptura de nomenament d'un administrador, estableixen la limitació següent: no es pot operar, sense el consentiment de la junta, en operacions superiors a un milió d'euros. Si un tercer vol contractar amb la societat i l'operació supera aquesta quantia i simplement l'administrador únic de la societat signa el contracte (sense el consentiment dels socis), l'operació serà inatacable, fins i tot si el tercer havia anat anteriorment al Registre o havia tingut accés a una còpia dels estatuts o de l'escriptura de nomenament i conegués l'existència de la limitació. Els socis només podran resoldre la qüestió internament, exigint les responsabilitats pertinents a l'administrador únic, però mai no podran anar en contra del tercer. En canvi, si el que actuava en representació de la societat era un apoderat i en el poder figurava aquesta limitació d'un milió d'euros, la societat no quedarà obligada davant el tercer, sinó únicament ho estarà l'obligat a títol personal, tret que la societat, voluntàriament, ratifiqui el negoci i n'assumeixi els efectes.

En conclusió, del tercer s'espera i se li exigeix que miri, revisi i se cerciori del contingut del poder (...), si qui compareix en nom de la societat és un apoderat; però no que consulti o revisi els estatuts d'una societat de capital amb la qual contracta o l'escriptura de nomenament de càrrecs, si el seu representant és l'administrador.

En conclusió, del tercer s'espera i se li exigeix que miri, revisi i se cerciori del contingut del poder (l'estàndard de diligència és més gran), si qui compareix en nom de la societat és un apoderat; però no que consulti o revisi els estatuts d'una societat de capital amb la qual contracta o l'escriptura de nomenament de càrrecs, si el seu representant és l'administrador. Compte, perquè això no resulta aplicable a altres societats com la civil o la col·lectiva, on la responsabilitat dels socis pels deutes socials és personal i il·limitada, i no resulten obligats pels actes que l'administrador hagi realitzat més enllà de l'objecte social, ja que per això no van donar el seu consentiment.



Ara vegem el que estableix el segon paràgraf del mateix art. 234: *la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el RM que el acto no está comprendido en el objeto social*. Per tant, sortim de l'àmbit de l'extralimitació de les facultats i ens situem en la dels actes realitzats fora de l'objecte social. Només en aquests casos la solució és idèntica a la del cas anterior (es protegeix el tercer), però amb l'exigència que actuï de bona fe i sense culpa greu. I amb culpa greu no s'està referint que no hagi anat prèviament a consultar el RM, ja que la bona fe no es perd si l'objecte social està inscrit.

El que s'ha dit anteriorment és molt difícil de traslladar a la pràctica, ja que hi ha certs actes que indirectament estan o poden estar relacionats amb l'objecte social o que poden ser neutrals; per tant, podríem concloure que l'administrador obligarà la societat per qualsevol acte, sempre que no sigui clarament contrari a l'objecte social. Per exemple, és contrari a l'objecte social que la societat avaluï un tercer? En principi podria semblar que sí, però es podria tractar d'un proveïdor fonamental de la societat que l'avalua i, d'aquesta manera, ser la garantia necessària per garantir la subsistència del proveïdor. És contrari a l'objecte social constituir una altra societat amb un objecte social diferent? Inicialment ho podria semblar però,



a posteriori, pot suposar una millor administració dels recursos socials o una inversió rentable.

En tot cas, s'entén que els actes que impliquen la dissolució i liquidació de la societat són clarament contraris a l'objecte social, ja que es tracta d'una competència exclusiva de la junta general, i els actes genuïnament gratuïts, en ser la finalitat social de les companyies la consecució d'un lucre partible entre els socis, si bé pot succeir que la donació beneficiï indirectament la societat, per ser propagandística, remuneratòria –dels serveis prestats per un empleat, per exemple– o de solidaritat.

Il·lustrem-ho en dos exemples. Pel que fa als actes a títol gratuït, la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (en endavant, DGRN) de 20 de juliol de 2010, davant la deflació de preus en el mercat immobiliari, va desestimar que la donació d'un immoble que pertanyia a una societat constructora fos contrària a l'objecte social, en esdevenir les despeses de conservació desproporcionades o, fins i tot, superiors en relació amb el preu de mercat o la utilitat que li proporcionaria a la companyia. Pel que fa als actes que impliquen la dissolució de la societat, la resolució més coneguda és la de Solán de Cabras (RDGRN de 25 d'abril de 1997): si una societat té per objecte l'explotació d'una font concreta mitjançant l'embotellament d'aigua mineral i vol vendre la font, és evident que, o bé s'extingirà després (està liquidant la societat), o bé es dedicarà a una

altra cosa (està substituint l'objecte social). L'òrgan d'administració mai no ho podrà portar a terme sense el consentiment de la junta, ja que en ambdós casos estem davant competències dels socis, fins i tot hi ha la possibilitat que puguin exercir el seu dret de separació de la companyia. Si no hi ha el consentiment de la junta, el tercer que compra la font i que contracti només amb l'administrador no podria resultar protegit i mantingut en la seva adquisició, ja que no es pot dir que va actuar de bona fe i sense culpa greu, al·legant el desconeixement d'això d'abans.

El que passa és que no sempre resulta fàcil veure quan un acte és realment contrari a l'objecte social, i més si tenim en compte que les societats de capital no acostumen a tenir un objecte, sinó diversos. Per exemple, tornant a l'exemple de la societat els estatuts de la qual limitaven les competències a l'administrador al milió d'euros, si el seu objecte social exclusiu és el comerç de taronges i l'administrador es disposa a comprar un solar urbà per cinc milions, podríem dir que, com a mínim, al tercer se li ha d'exigir que actuï amb bona fe i sense culpa greu; per tant, si es demostra que coneixia l'objecte social i que faltava el consentiment dels socis, es podria desdir del negoci. No obstant això, què passa si el que es compra és una nau d'emmagatzematge o un local de negocis? Es podria dir que llavors no és un acte contrari a l'objecte social, sinó neutre, ja que tota societat necessita una seu o oficina i, per tant, es protegiria sempre el venedor

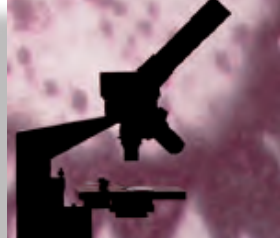
ignorant, fins i tot encara que actués amb mala fe.

Un cop dit això, que resulta aplicable als límits convencionals de les facultats dels administradors, hem de diferenciar-ho clarament dels límits legals, que sempre es poden oposar davant tercers. Em refereixo a aquells supòsits que ja no depenguin de matisos subjectius que només conegui l'administrador i que no transcendeixin davant tercers (la connexió de l'acte que se celebra amb l'objecte social), sinó aquells que tenen una prohibició legal i, per tant, si aquesta es contravé, resultarà afectada l'eficàcia de l'acte atorgat pel representant de la societat.

Per exemple, el límit que estableix l'article 72 LSC, que prohibeix que, durant els dos primers anys de vida d'una societat anònima, es realitzin adquisicions oneroses que superin el 10% del capital social, tret que una autorització de la junta ho permeti, però s'exceptuen operacions ordinàries de la societat o que es verifiquin en mercat secundari oficial o en subhasta pública. Com veurem, l'excepció que es tracti d'una operació ordinària de la societat (i, per tant, que no requereixi el consentiment de la junta de socis) ens condueix novament a l'objecte social: si una societat, l'objecte social de la qual és la promoció immobiliària, compra un solar, sembla que no necessitarà l'acord de la junta, però si la nostra societat es dedica a la compravenda de taronges, encara que l'administrador conegui i digui que es destinarà a la construcció d'un centre de distribució i d'emmagatzematge, sembla que sí que serà necessari aquest acord de la junta.

Per això, no falten autors que entenen que, a manca d'una sanció pròpia en aquest article 72 LSC, s'ha d'aplicar simplement el segon paràgraf de l'art. 234 LSC, i entendre que la prohibició no pot afectar tercers que transmetin els seus béns a la societat, sempre que hagin actuat de bona fe i sense culpa greu. En aquest cas, s'hauria de demostrar que el venedor coneixia la data recent de constitució de la societat o de la seva transformació en anònima, que s'havia superat el 10% del capital, i que no es tractava d'una operació ordinària de la companyia, essent irrellevant que conegués o no l'article 72 LSC, ja que la ignorància de les lleis no n'eximeix del compliment.

Un segon cas molt més clar de la limitació legal seria la prohibició de l'assistèn-

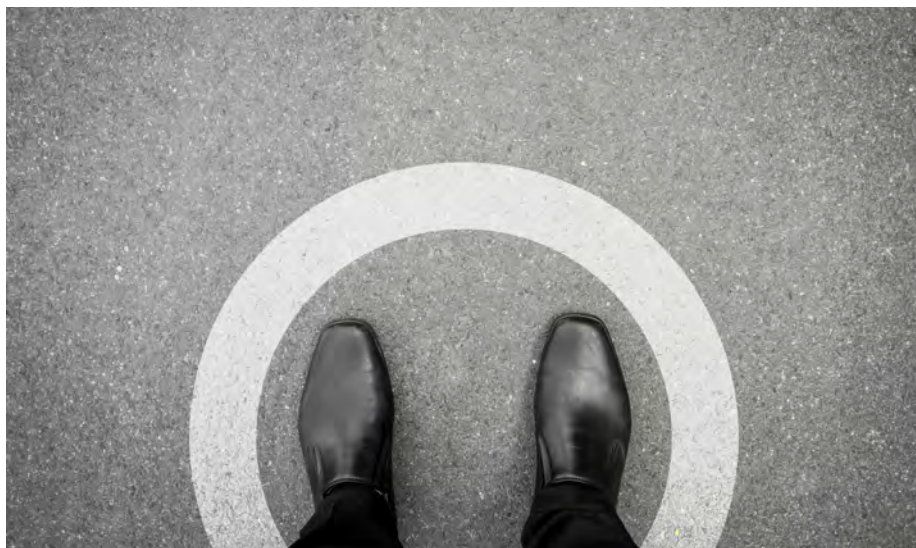


cia financera. L'art. 143 LSC diu, replicat en l'art. 150 per a les anònimes, que la SL no pot anticipar fons, concedir crèdits o préstecs, prestar garantia, ni facilitar assistència financera "para la adquisición de sus propias participaciones" o de les participacions o accions emeses per una altra societat que pertany al mateix grup. Implica una regla general respecte de l'art. 162 LSC, que permet a la junta general de la societat limitada, mitjançant un acord concret per a cada cas, anticipar fons, concedir crèdits o préstecs, prestar garanties i facilitar assistència financera als seus socis i administradors. Per tant, podríem dir que l'art. 162 és una limitació legal de les facultats representatives dels administradors, que són aquells que materialment presten o constitueixen aquelles garanties, que requereix la intervenció dels socis novament.

Per tant, podríem dir que l'art. 162 és una limitació legal de les facultats representatives dels administradors, que són aquells que materialment presten o constitueixen aquelles garanties, que requereix la intervenció dels socis novament.

En aquest cas, amb una excepció: que l'assistència financera es presti per a qualsevol acte o operació, però no per comprar o adquirir les seves pròpies participacions, ja que en aquest cas ens trobem davant un acte radicalment nul que es considera contrari a l'ordre públic (tant per motius econòmics –els recursos socials són per a l'expansió dels negocis o per a la retribució dels socis–, com polítics –al legislador el preocupa que els administradors puguin influir en la composició del capital social). Per tant, l'acord de la junta, en aquest cas de les limitades, dona llum verda perquè la societat avaluï un soci en un préstec per comprar-se un iot de luxe, però mai –com dèiem, per motius d'ordre públic–, si la finalitat del préstec és adquirir participacions de la mateixa societat que avala.

S'ha de fer esment a altres limitacions o altres supòsits legals d'incursió de la Junta General en les facultats dels administradors, com els contractes d'obra o de serveis celebrats amb administradors (art. 220 LSC) o l'autocartera (art. 134 LSC), que



impedeix que la mateixa societat assumeixi o subscriuï les seves pròpies accions o participacions o les de la dominant. L'autocartera pot ser originària, quan es produeix en el mateix moment de la constitució de la societat o de l'augment de capital (la sanció en l'anònima és l'alienació forçosa en el termini d'un any, art. 139 LSC, i en la limitada la nul·litat de ple dret, art. 135 LSC) o derivada, per compra posterior als socis (es permet en la societat limitada si es compleixen tots els requisits de l'art. 140 LSC, entre ells l'autorització de la junta general).

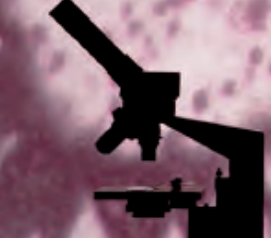
Però si ens centrem en el tercer al·leu a la societat i que contracta amb aquesta ens interessa més parlar de l'autocontractació, que està estrictament prohibida quan existeixi un conflicte d'interessos. Es desprèn de l'art. 229 LSC que no existeix aquest conflicte, encara que l'administrador intervingui en les dues parts de la transacció –per una banda, com a representant de la societat i, per altra, en nom propi–, quan es tracti de "operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquellas cuya información no sea necesaria para ofrecer la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad."

En tot cas, el conflicte d'interès es detecta clarament en els contractes de canvi (una compravenda en la qual ven la societat, a través del seu administrador únic, i al mateix temps compra l'administrador a títol personal), però també pot passar, per exemple, en un contracte associatiu, on els interessos

de les parts no divergeixen, sinó que siguin paral·lels, com la constitució d'una societat. Essent un dels socis de la nova companyia una societat, que compareix en l'escriptura de constitució representada per l'administrador, i essent un altre soci l'administrador a títol personal, podria sorgir el conflicte, per exemple, si algun fes una aportació no dinerària (la valoració de la qual determinarà l'àmbit de poder o els drets dels socis) o també si es nomena a si mateix com a administrador de la nova societat, amb una remuneració molt avantatjosa.

Qui salva, com a regla general, el conflicte d'interessos en l'autocontracte? Doncs la societat representada –i potencialment perjudicada per aquest conflicte. La nova regla de l'art. 230 LSC ens diu que si el conflicte sorgeix quan l'administrador fa una transacció amb la societat que superi el 10% dels actius socials, l'autorització o dispensa haurà de ser acordada per la junta general. En els altres casos (si no supera el 10% dels actius socials), serà suficient la dispensa del mateix òrgan d'administració "siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que lo conceden respecto del administrador dispensado, asegurando la inocuidad de la operación para el patrimonio social o su realización en condiciones de mercado y de transparencia del proceso."

Per tant, es pot afirmar que no estarem davant d'un supòsit prohibit d'autocontracte quan signi algun membre de l'òrgan d'administració que no resulti afectat pel conflicte d'interessos (per exemple, dos administradors mancomunats, si el ve-



nedor o el comprador és un d'ells a títol personal, malgrat que això és discutit per alguns autors, que entenen que només un administrador solidari pot salvar l'altre, dos mancomunats respecte del tercer, el consell d'administració respecte del conseller delegat o respecte d'un dels consellers, sempre que aquest s'abstingui en la votació pertinent). En tot cas, com es desprèn del mateix art. 230 LSC, la dispensa del conflicte no pot ser mai genèrica, sinó singular o específica per a cada cas, valorant les circumstàncies concurrents. Tampoc no la pot concedir un administrador en atorgar un poder, ja que es tracta d'una competència de la junta general que no es pot derogar prèviament.

Però si parlem de límits legals el premi se l'emporta, sense cap mena de dubte, la reforma de 2014, de millora de govern corporatiu, que introdueix l'apartat f) de l'art. 160 de la LSC, que exigeix l'autorització de la junta general per l'alienació, l'adquisició i l'aportació d'actius essencials, i presumeix que són essencials quan l'import de l'operació superi el 25% del valor dels actius que figuren en l'últim balanç aprovat. Amb caràcter general, la reforma perseguia reforçar els deures i la responsabilitat dels administradors, així com reivindicar un paper més rellevant de la junta general en matèria de gestió d'alguns casos concrets, desfigurant l'esquema tradicional de distribució de competències entre els socis i els administradors. Fonamentalment, certes operacions que no entraven dins la categoria de modificacions estatutàries o estruc-

turals (fusions, escissions, etc.), quedaven totalment al marge de la seva intervenció, tot i tenir efectes molt similars. En l'art. 511 bis de la LSC apareixen alguns exemples, que recull la mateixa norma per a la societat cotitzada: *"la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquella, o las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad."*

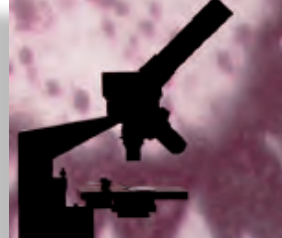
Per tant, després de la reforma legal, en tots els casos que s'aporti, s'alieni o s'adquireixi un actiu essencial de la societat, l'òrgan d'administració haurà d'estar recolzat per un acord de la junta general, sense que s'exigeixi cap tipus de majoria reforçada, ja que és suficient l'ordinària. Tampoc no és necessària l'abstenció del soci afectat, malgrat que es tracti d'un administrador i l'acord es presenti com una dispensa del seu deure de lleialtat (art. 230 LSC). La presumpció que es tracta d'un actiu essencial per a l'activitat social, pel fet de superar el 25% del valor dels actius que figuren en l'últim balanç aprovat, admet, en tot cas, prova en contra, ja sigui per part dels administradors (que poden manifestar que no és necessari l'acord de la Junta), com per part dels socis (que imposin la seva intervenció, tot i no assolir aquest llinar que fixa la llei).

Per tant, els socis poden entendre que són competents per pronunciar-se sobre l'operació relativa a l'actiu essencial que es

tracti i sol·licitar, com a minoria, la convocatòria d'una junta o completar l'ordre del dia de la que ja està convocada per pronunciar-se. El soci dissident o els nous administradors també poden exigir responsabilitat a l'administrador que no comptava amb el seu consentiment per transmetre un actiu essencial, al·legant la seva falta de competència per realitzar l'acte en qüestió i provant el dany tipificat en l'art. 236 LSC que, com a regla general, presumeix la culpabilitat de l'administrador. En aquest sentit, s'ha de tenir en compte que l'administrador és el que, en definitiva, va celebrar el negoci d'alienació, adquisició o aportació de l'actiu essencial i, per tant, encara que compti amb el beneplàcit dels socis, subscriu el negoci sota la seva responsabilitat, per la qual cosa, segons el règim general, no quedarà exempt l'administrador (art. 236 LSC: *"en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general"*).

Per tant, què s'ha d'entendre per actiu essencial i que s'hagi de completar la competència de l'administrador que celebri el negoci amb un tercer? La doctrina més autoritzada entén que s'ha de tractar d'actius vinculats a l'activitat ordinària de la societat o que s'utilitzin: per tant, la venda d'un actiu no corrent, només perquè s'hagi tancat per un preu molt elevat, no hauria de necessitar la intervenció de la junta ⁽¹⁾. D'altra banda, ens hem d'atènyer a la realitat econòmica del resultat de la transacció: determinades operacions poden afectar la titularitat formal de l'actiu, però no el seu control econòmic. Per posar un exemple: seria inapropiat sotmetre a la decisió de la junta l'aprovació d'operacions de venda d'immobles amb reserva d'arrendament (*"sale and lease-back"*), o, fins i tot, la venda d'instal·lacions quan la societat opti per subcontractar externament una activitat que fins llavors desenvolupava directament. Per tant, s'ha de tractar d'operacions sobre un actiu (o diversos) sense el qual no sigui possible l'activitat o que aquesta canviï de manera substancial, sempre que la disposició no permeti continuar fent-lo servir, encara que sigui sobre la base d'una altra relació jurídica, com l'arrendament.

En tot cas, crida l'atenció que l'excepció legal es limiti a l'alienació, l'adquisició o l'aportació, sense incloure el gravamen, que perfectament pot desembocar en una futura alienació forçosa, o certs negocis que pri-



vin del gaudi efectiu, com un arrendament o un usdefruit a llarg termini (per exemple, pensi en l'arrendament de l'única fàbrica de la companyia a una altra societat, o en la pignoració de totes les participacions d'una filial important, quan s'hagués pactat que la penyora comportaria la concessió del dret de vot al creditor. D'altra banda, també hauria estat convenient que s'haguessin previst algunes excepcions, com ara inversions que només tinguin per objecte la substitució d'elements productius que ja siguin obsolets, per continuar l'activitat en els mateixos termes o semblants, sent el recanvi imprescindible per continuar-la.

Els plantejo unes qüestions interessants: és necessari que l'acord de la junta sigui anterior a la signatura de l'operació? El meu company Ricardo Cabanas defensava que no, ja que podria frustrar una operació que demani algunes reserves i confidencialitat, i posteriorment es podria ratificar el negoci que ja s'ha celebrat. O poden els estatuts derogar o modificar d'alguna manera la competència que la Llei atribueix als socis en matèria d'actius essencials? Únicament la poden ampliar, rebaixant el percentatge per a la seva aplicació per sota del 25%, especificant quins actius concrets es consideren essencials al marge del seu valor o incloent altres negocis com el gravamen o l'arrendament, tot i que en aquest cas estariem davant limitacions internes voluntàries, sense cap efecte davant tercers.

Com ja deuen haver endevinant, aquesta norma nova en matèria d'actius essencials desplaça la nostra discussió essencial sobre els actes directament o indirectament relacionats amb l'objecte social i els que són clarament contraris, ja que a la pràctica el límit més freqüent en matèria de representació dels administradors ja no serà l'objecte social, sinó els actius essencials i la distribució de competències administradors-junta general (sense cap mena de dubte la font de Solán de Cabras era un actiu essencial). Per aquest motiu, la interpretació de la nova facultat atribuïda a la junta general per l'art. 60 LSC s'ha de fer de conformitat amb la regla general de l'art. 234 LSC, ja que no té sentit que la Llei protegeixi un tercer de les limitacions inscrites en el RM o de la possi-



ble extravagància de l'operació respecte de l'objecte social, però el deixi exposat a riscos derivats de circumstàncies que encara li siguin més difícils de conèixer.

No tots els autors pensen així, ja que entenen que la informació sobre els actius essencials està disponible a través del dipòsit de comptes en el RM, però obliden que els últims comptes poden no ser aprovats, i que el tercer que consulta aquests comptes no suporta cap càrrega per esbrinar si la presumpció li és aplicable. Per tant, si un administrador aliena un actiu essencial sense autorització de la junta, el tercer estarà protegit si actua de bona fe i adquireix sense culpa greu. Això no treu que un tercer diligent, en operacions d'una certa quantia, demandi una informació específica sobre el compliment d'aquest requisit, almenys per fer més evident que no concorre culpa per part seva.

Particularment, quan compareguin a una notaria, se'ls demanarà que manifestin, sota la seva responsabilitat, si l'actiu que transmeten, adquireixen o aporten és essencial per a la societat que representen. Ni el Notari ni el Registrador han d'actuar com a policies, demanant que exhibeixin l'últim balanç i, per tant, només serà necessària

una certificació de l'acord de la junta que ho autoritzi quan vostès diguin que l'actiu efectivament té aquesta naturalesa, o bé quan al Notari o al Registrador els consti, de forma notable o evident, aquest caràcter essencial. A més, pot passar que no estiguin en condicions de manifestar-ho, per ser apoderats especials per a l'operació i, per tant, la comprovació correspon al jutge competent en última instància. En tot cas, la norma és criticable per tot el que anteriorment s'ha exposat, havent fixat, a més, un llindar del 25% que és excessivament baix comparat amb altres països del nostre entorn, com Gran Bretanya o Alemanya, que inclouen normes similars per actius que superin el 75 o el 80%, o els Estats Units, la legislació dels quals regula la figura del *Sale of All Or Substantiall y All Corporate Assets*.

- (1) CABANAS TREJO, RICARDO. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad?
- (2) Revised Model Business Corporation Act, redactat per la American Bar Association, que intenta establir les bases d'harmonització per la llei mercantil dels diferents Estats federats.

La curatela en vista de la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat i el seu antecedent en la *cura furiosi*¹

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

Núria Coch Roura
Advocada i Doctora en dret
Universitat de Lleida

1. Introducció

La Convenció de les Nacions Unides sobre drets de les persones amb discapacitat (en endavant, la Convenció) va significar un canvi substancial en la forma d'entendre els conceptes de capacitat jurídica i el de capacitat d'obrar que procedeixen de la nostra tradició romanística⁽²⁾. De fet, la raó per la qual s'escriu aquest article sorgeix arran d'una conferència a la qual vaig assistir al Col·legi d'Advocats de Barcelona a l'octubre de 2014, en la qual la conferenciant justificava la necessitat de reformar el sistema de protecció⁽³⁾ i la seva regulació específica per ajustar-lo a la Convenció, ja que l'actual sistema té uns esquemes massa rígids i està totalment superat *en procedir del Dret romà*. Arran d'aquesta afirmació que semblava indicar que el Dret romà era un Dret inflexible i que les seves institucions s'havien vist superades⁽⁴⁾, vaig iniciar un procés de reflexió i de recerca sobre aquesta matèria, que ara es concreta en aquest article. Aquest reuigi al nostre sistema tradicional de protecció a les persones minvades o mancades de

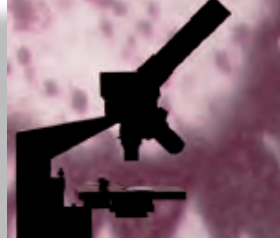
capacitat d'obrar ha comportat que revisem aquesta disciplina segons la perspectiva de les fonts jurídiques romanes.

Com posa de manifest el professor Juan Miquel⁽⁵⁾, el que és decisiu del Dret romà és que es tracta d'un Dret de juristes; la seva activitat es diferencia per l'aplicació de la lògica, la capacitat de deducció i una elaboració delicada del cas concret, si li afegim una permanència inusual en el temps (des de la jurisprudència pontifical fins a l'època de Justinià). Podem assistir al naixement i delimitació d'institucions jurídiques com la tutela i la curatela a l'època arcaica, al seu desenvolupament total a l'època preclàssica i arcaica, a la seva confusió parcial a l'època postclàssica i al seu definitiu encaix a l'època Justiniana. A més, posarem de manifest que l'activitat de la jurisprudència romana condueix a configurar unes institucions de protecció (almenys com es desprèn d'aquest article respecte de la *curatela dels furiosi*), més flexibles i modulables que la configuració que se'ls va donar en les diferents codificacions europees del s. XIX.

2. La Convenció de les Nacions Unides sobre la protecció de les persones amb discapacitat

La Convenció va ser adoptada –després d'anys de debat, especialment al voltant del seu article 12–, el 13 de desembre de 2006 per l'Assemblea General de les Nacions Unides. Espanya va signar la Convenció, com també el seu Protocol facultatiu, el 30 de març de 2007 (el primer dia hàbil que es podia fer) i la va ratificar el 23 de novembre de 2007 (BOE de 21 d'abril de 2008). Va entrar en vigor –en funció de les previsions contingudes en la norma– en ser ratificada per 20 països el 3 de maig de 2008, i es va incorporar a l'ordenament jurídic espanyol en virtut de l'article 10.2 i 96.1 de la Constitució Espanyola, així com l'article 1.5 del Codi civil⁽⁶⁾. L'aprovació de la Convenció és qualificada de fet històric per CASTRO GIRONA⁽⁷⁾.

En tractar amb rigor l'estudi de la Convenció –i les modificacions que aquesta hagi pogut comportar en el nostre sistema jurídic tradicional romà de protecció de



les persones que no tenen plena capacitat d'obrar-, creiem que és fonamental aproximar-nos al seu contingut literal. L'article 12 de la Convenció⁽⁸⁾ versa sobre el concepte de *legal capacity* i, especialment, sobre "l'exercici de la legal capacity". En la nostra tradició romanística⁽⁹⁾, són dos els conceptes que podrien ser equivalents al de *legal capacity*: capacitat jurídica i capacitat d'obrar⁽¹⁰⁾.

Són diversos els països que van presentar reserves a la redacció d'aquest article preservant el seu dret propi, entre ells Austràlia, Canadà, Noruega, Veneçuela, Mèxic i alguns països àrabs –encara que per motius molt diferents dels primers. L'Estat espanyol no va presentar cap reserva; a més, va signar i ratificar el protocol facultatiu de la Convenció, en el qual es creava el Comitè de Drets de les Persones amb Discapacitat de les Nacions Unides⁽¹¹⁾. Aquest Comitè, en la seva 11a sessió de 31 de març a 11 d'abril de 2014, fa el comentari següent respecte del punt 7 de l'article 12:

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

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

FITXA TÈCNICA



Resum: L'aplicació d'alguns principis de la Convenció de les Nacions Unides continguts en l'art. 12, ens obliga a afrontar la vigència del nostre sistema tradicional en relació amb els conceptes de capacitat jurídica i capacitat d'obrar i, per tant, de les mesures de protecció com la tutela o la curatela. S'analitza un tipus concret de curatela: la *cura furiosi*.

Paraules clau: Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat, curatela, *tutela furiosus*, mesures de protecció.

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

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

Si comparem ambdós fragments, creiem que s'ha fet una traducció massa literal de *legal capacity* per "capacitat jurídica" quan, en ocasions, la traducció espanyola del text del Comitè s'hauria de referir a la capacitat d'obrar.

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

És evident que el fragment fa referència al nostre concepte tradicional de capacitat d'obrar⁽¹²⁾, -o també podríem dir "a l'exercici de la capacitat jurídica"-, ja que en el nostre ordenament (i en la majoria dels ordenaments continentals), la capacitat jurídica es predica des del naixement de la persona –tingui o no discapacitat– amb els requisits establerts a la Llei, i en aquest sentit sí que ens allunyàrem de la tradició romana⁽¹³⁾. La nostra opinió es veu reforçada quan el mateix fragment es refereix a "*los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones*", i a més, s'aclearix que s'està fent referència a la tutela, a la curadoria (s'hauria de traduir per curatela), i a les lleis sobre salut mental que permetin un tractament forçós. Estan confontent⁽¹⁴⁾, com encertadament posa de manifest

el prof. Antonio Fernández de Buján⁽¹⁵⁾, "los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar". Tot i que alguns manuals de Dret civil⁽¹⁶⁾ es pronuncien en el mateix sentit⁽¹⁷⁾, ho fan amb un to més dubitatiu: "Si bé en aquest text internacional -en referir-se a la Convenció- sembla implicar que la discapacitat, fins i tot quan afecta a la capacitat natural, no hauria d'alterar la capacitat d'obrar de la persona discapacitada encara que requereixi mesures de suport o recolzament".

Martínez de Aguirre⁽¹⁸⁾ projecta els conceptes tradicionals de capacitat jurídica i capacitat d'obrar sobre el concepte anglosaxó de *legal capacity*, però diferencia entre la dimensió estàtica de la capacitat legal que es correspondria amb la capacitat jurídica, és a dir, l'aptitud genèrica per ser titular de drets i d'obligacions, i la dimensió dinàmica, que és l'aptitud concreta per exercir els drets i les obligacions de la qual la persona és titular, que conforma la dimensió dinàmica de la capacitat legal o capacitat d'obrar.

Tot i ser conscients del contingut de l'article 12 de la Convenció, la Doctrina no va més enllà, i conclou⁽¹⁹⁾: "al nostre ordenament, tanmateix, l'instrument sobre el qual encara pivota la protecció jurídica de les persones majors d'edat a qui manca la capacitat natural és la seva incapacitació".

En cap moment es paren a qüestionar els sistemes tradicionals de protecció (tutela/curatela) de l'ordenament jurídic espanyol, ja sigui per als casos en què la persona que no es pot autogovernar necessita una substitució de la seva voluntat o bé un complement d'aquesta.



No obstant això, si la qüestió resultava confusa partint del contingut de l'article 12 de la Convenció, creiem que el comentari del Comitè de l'article 12 de la Convenció contribueix a aclarir-lo, establint textualment que: *"These practices must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others"*.

És a dir, està dient que tant la tutela com la curatela han de desaparèixer⁽²⁰⁾, perquè les persones amb discapacitat recuperin la plena "capacitat jurídica/legal capacity" en igualtat de condicions respecte dels altres⁽²¹⁾. Recordem que el Comitè fa la que podríem denominar com la interpretació autèntica de la Convenció. Si acceptem que l'article 12 d'aquesta norma propugna una supressió dels sistemes de protecció per les persones amb discapacitat com la tutela o la curatela, per passar a un altre model de protecció, basat en sistemes de recolzament i salvaguarda, això podria tenir importants repercussions en el nostre Ordenament, i no només sobre la capacitat de les persones amb discapacitat, sinó que també podria conduir a replantejar-nos la capacitat dels menors d'edat⁽²²⁾, i l'exercici de la potestat parental⁽²³⁾.

Creiem que tant el contingut de l'article 12 de la Convenció com la interpretació que en fa el Comitè de Drets de les Persones amb Discapacitat de les Nacions Unides, supera el que, per alguns autors, només és un trànsit entre un concepte de discapacitat basat en un model mèdic rehabilitador i el concepte de discapacitat basat en un model social reconegut en la Convenció. Sobre la base de la literalitat dels textos

citats, sembla innegable que la Convenció pretenia "abolir" els sistemes de protecció com la tutela o la curatela.

Podríem distingir dues posicions entre els autors que defensen aquest trànsit al model social de discapacitat⁽²⁴⁾. La primera d'elles representada per aquells que neguen la necessitat de qualsevol sistema substitutiu de la voluntat⁽²⁵⁾; la segona representada per aquells que accepten la vigència dels sistemes de protecció tradicionals, però defensen la seva aplicació de forma puntual, és a dir, no a través d'una sentència de modificació de la capacitat d'abast general que atorgui al tutor/curador les facultats que el tribunal consideri, sinó a través de decisions puntuals, segons l'esdevenir dels esdeveniments⁽²⁶⁾.

L'Estat espanyol, en signar, ratificar i incorporar la Convenció en el nostre Ordenament jurídic (art. 10.2 i 96.1 de la C.E., així com l'article 1.5 del C.C) s'hauria obligat a ajustar la seva normativa interna a aquestes normes. Això implicaria la supressió de la tutela o la curatela? O passar del paradigma de les decisions substantives generals a un altre basat en el suport – voluntari i puntual- en adoptar-les?

Si això es produís, s'hauria de realitzar una reforma processal⁽²⁷⁾ amb profunditat (Llei d'enjudiciament civil) i una modificació de les institucions civils dels nostre ordenament jurídic (tutela, curatela), que també s'hauria d'adaptar al nostre sistema, ja que l'Estat espanyol no va formular cap reserva al contingut de l'article 12⁽²⁸⁾.

L'Estat espanyol va signar la Convenció el primer dia que era possible, però realment

era conscient de les conseqüències que podia suposar per al nostre ordenament jurídic haver d'ajustar la legislació interna al contingut de l'article 12 de la Convenció? Com farem una "harmonització" amb el Codi civil –no rupturista- sobre la base de l'article 12 de la Convenció? És més, si com sabem la Convenció va entrar en vigor a Espanya –després de la seva recepció- el 3 de maig de 2008, com pot ser que el Llibre II del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona, entri en vigor l'1 de gener del 2011, sense proposar una solució a aquest problema?

És important destacar que, a part d'aquesta confusió de conceptes entre capacitat jurídica/capacitat d'obrar, trobem una gran dificultat per realitzar una interpretació coherent de la Convenció. Es tracta d'una qüestió terminològica. Si la noció de discapacitat es defineix, com fa l'article 1 de la Convenció, sobre la condició de les persones que no tenen deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials, estarem davant un concepte molt ampli.

Si la noció de discapacitat es defineix, com fa l'article 1 de la Convenció, sobre la condició de les persones que no tenen deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials, estarem davant un concepte molt ampli.

La Doctrina vincula la noció de discapacitat a la situació d'una persona que, arran de patir un dèficit o limitació de les seves facultats físiques o psíquiques, té dificultats per desenvolupar activitats de la vida quotidiana, que no són complicades per la resta d'individus. La finalitat que persegueix la legislació sobre la discapacitat, d'acord amb l'article 49 CE⁽²⁹⁾ és pal·liar els inconvenients que aquesta imposa i evitar la discriminació d'aquells que la pateixin.

El Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general dels drets de les persones amb discapacitat i la seva inclusió social conté –en el mateix sentit que la Convenció- un concepte ampli de discapacitat, que es defineix com una situació que resulta de la interacció entre les persones amb deficiències previsiblement permanents i qualsevol tipus de barreres que limitin



o impedeixin la seva plena i efectiva participació en la societat, en igualtat de condicions respecte dels altres.

Es tracta –amb bona intenció– d'utilitzar un concepte extens que inclogui tots els tipus possibles de deficiències, perquè –el nombre màxim de persones que les pateixin– puguin gaudir dels beneficis legals (drets, serveis, programes, prestacions) que estableixi la legislació vigent per compensar la seva situació. Però no és possible projectar una concepció de capacitat d'obrar general sobre aquesta noció tan difusa. Per exemple, mentre que un discapacitat físic, un paraplègic, no té perquè tenir afectada la seva capacitat d'obrar, hi ha persones que tenen una afectació cognitiva important que, òbviament, no tindran capacitat natural i, per tant, capacitat d'obrar. No propugnem –sinó més aviat el contrari– la supressió dels drets fonamentals de les persones amb discapacitat, però tampoc no podem deixar de posar en evidència que, en suprimir els sistemes de protecció substitutius de la voluntat, en casos que són del tot evidents, condueix a deixar desprotegits i abandonats aquells que, per manca totalment de facultat de discerniment, formen part del col·lectiu de persones més vulnerable de la nostra societat⁽³⁰⁾.

El concepte de discapacitat⁽³¹⁾ seria una noció que podríem considerar propera al Dret administratiu, ja que aquesta circumstància ha de ser reconeguda per l'Estat, sol·licitant la valoració del grau de discapacitat –a Catalunya– al Departament de Treball, Afers Socials i Família, que és l'organisme oficial competent per reconèixer el grau de disminució que correspongui.

El desprestigiat concepte de discapacitat⁽³²⁾ és més concret, només es refereix a les situacions que la persona no té la capacitat de discerniment, de judici o de raó necessaris per a la formació de la voluntat de l'individu. Aquest és el supòsit de fet –que pot haver estat declarat (o no⁽³³⁾)– mitjançant una sentència de modificació de capacitat i que, per tant, pot afectar l'individu de manera temporal⁽³⁴⁾ o permanent.

Des que la Convenció ha passat a formar part del nostre ordenament jurídic, s'han anat fent diferents interpretacions intentant no tant harmonitzar, sinó argumentar que la nostra legislació vigent no la incompleix.

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem 282/2009, de 29 d'abril⁽³⁵⁾, que va tenir com a ponent la Dra. Encarna Roca Trias, va ser un punt de referència ineludible en aquesta matèria. Altres sentències van seguir els seus pronunciaments, com la 5676/2012, de la mateixa ponent i, posteriorment, les Sentències del Tribunal Suprem 6810/2012 i 3441/2013 que van tenir com a ponent José Antonio Seijas Quintana.

Des que la Convenció ha passat a formar part del nostre ordenament jurídic, s'han anat fent diferents interpretacions intentant no tant harmonitzar, sinó argumentar que la nostra legislació vigent no la incompleix.

No hi ha cap Sentència del Tribunal Suprem posterior a l'aclariment del Comitè sobre l'article 12, ni tan sols que el mencioni.

Com ja hem avançat, els partidaris de la concepció social de la discapacitat propugnen un sistema de suports puntuals. Es mantindrien les institucions de la tutela i la curatela, però se n'hauria de determinar cas per cas l'adopció, i no a través d'una sentència de modificació de capacitat d'eficàcia general. Aquesta solució és respectuosa amb els drets fonamentals de les persones que manquen totalment o parcialment de discerniment o d'autogovern, però la seva aplicabilitat ens abocaria al fracàs.

Si actualment els Tribunals especialitats en modificació de capacitat es troben desbordats, quina seria la seva situació si el seu treball s'incrementés exponencialment, tenint en compte el nombre de decisions que cada persona que no fos capaç d'autogovernar-se (totalment o parcialment) ha de prendre al llarg de la seva vida?⁽³⁶⁾ I si toquem de peus a terra, quin cost pressupostari podria tenir l'aplicació d'aquest sistema?⁽³⁷⁾

Evidentment, la Convenció ens aporta elements molt positius en aquesta matèria, sense exhaustivitat, la idea de la proporcionalitat, de la intervenció amb caràcter restrictiu, només quan sigui necessari, adequada a cada subjecte i la defensa de la participació política en



són una mostra. Tornem a una flexibilitat en la matèria pròpia del Dret romà, que es va perdre per la codificació del s. XIX. Però aquesta flexibilitat ha de ser viable formalment, i no és viable en base al nostre sistema judicial per haver-hi d'acudir per cada decisió que es pugui presentar a la vida de les persones que no tenen (totalment o parcialment) capacitat de discerniment per autogovernar-se⁽³⁸⁾.

Volem acabar destacant la tasca difícil i important que ha fet el Tribunal Suprem justificant la vigència de la normativa interna anterior a la Convenció. Però aquest reconeixement a la tasca estabilitzadora de l'Alt Tribunal no ens pot fer oblidar que el Govern espanyol es va comprometre a adequar la normativa interna als principis rectors de la Convenció.

I, d'altra banda, en l'àmbit autonòmic català, el problema s'incrementa, ja que el recurs al Tribunal Suprem s'ha de fer *ad cautelam*, ja que aquesta tasca correspon al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en matèria civil.

3. L'anàlisi de la curatela al Codi civil de Catalunya

De les mesures de protecció –que modifiquen la capacitat d'obrar– existents en la legislació autonòmica catalana⁽³⁹⁾, la més respectuosa amb els drets de les persones a les quals s'aplica és la curatela. Ens centrarem en aquesta figura per considerar que una més àmplia utilització d'aquesta figura contribuiria a respectar els drets de les persones amb manca total o parcial d'autogovern.



L'article 231.1 del Codi civil de Catalunya estableix tres supòsits en què es pot aplicar la curatela: els menors d'edat emancipats -amb les condicions establertes en la norma-, els incapacitats -parlem de les persones que tenen modificada la seva capacitat d'obrar- als quals no s'hagi considerat sotmetre a tutela i, en tercer lloc, els pròdigs.

Ens centrarem en el segon d'aquests casos -sense descartar l'estudi dels altres dos en una altra ocasió-, és a dir, en les persones que conserven parcialment el seu discerniment (incapacitat relativa art. 223-4.3 CCCat).

Un tret identificador de la curatela és que no atorga la representació legal de la persona a la qual s'aplica -sense perjudici que la mateixa norma esmeni aquest principi en què s'ha fonamentat la configuració tradicional de la curatela. I és que, en el mateix punt 1 de l'article 223-4, es fa referència, a tall d'excepció, a l'innovador supòsit contingut en l'article 223-6 del CCCat, al qual ens referirem després.

En la dogmàtica moderna la diferència entre tutela i curatela rau en el fet que, mentre el tutor representa i substitueix el tutelat, a la curatela -que pressuposa un grau de discerniment superior- el curador no pot ni representar ni substituir el curatelat. La curatela actuaria com un complement de capacitat de la persona per realitzar actes jurídics que, o bé per llei o segons el que disposi el contingut de la

sentència, la persona protegida no pot fer per ella mateixa. (Article 223-4,3). Aquesta qüestió que aparentment és senzilla, ha presentat en la pràctica múltiples interpretacions. Segons el nostre parer han de concórrer les dues voluntats (la del curatelat i la del curador) per prendre una decisió vàlida i inatacable. La funció del curador és aconsellar, instruir, assistir ⁽⁴⁰⁾ el curatelat i quan aquest tingui formada la seva voluntat, prestar la seva conformitat o no a l'acte. Aquesta conformitat del curador pot ser anterior, simultània o posterior a la manifestació del protegit, però en tot cas ha de constar de manera fefaent, perquè, en el cas contrari, l'acte seria anul·lable (article 223-8 CCCat).

El contingut de la curatela estarà determinat per la sentència que la declari; en aquest sentit el seu abast té la màxima ductilitat. Serà la resolució judicial la que, en funció de la persona protegida, determini quins actes o quin tipus d'actes han de ser objecte de protecció. Superem en aquest sentit la configuració d'una curatela de caràcter purament patrimonial, ja que es pot referir, també, tant a l'àmbit de la salut com a qualsevol aspecte personal que es consideri rellevant.

No obstant això, entenem que l'article 223-4,3 no és respectuós amb els principis de mínima intervenció, de proporcionalitat i de caràcter restrictiu de les mesures de protecció propugnats per la Convenció en fixar un contingut mínim, ja que estableix preceptivament la intervenció del curador

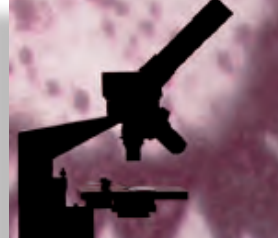
en els actes en els quals el tutor ha d'obtenir autorització judicial art. 222.43 CCCat.

I, si es tractés d'una curatela que afecta la salut, el protegit també es veurà afectat per la necessària concurrència del curador en els actes de l'art. 222.43 CCCat. La norma és un residu de l'antiga concepció dominant de la curatela com una mesura de protecció de caràcter patrimonial, però que no encaixa en el contingut flexible d'aquesta a la qual la mateixa norma fa referència. No deixen de plantejar problemes en la pràctica els supòsits en què una persona -protegida amb una curatela que assoleix l'àmbit patrimonial- vol realitzar un acte dels que preveu l'article 222-43 CCCat. Des del nostre punt de vista, en configurar-se la curatela com un complement de capacitat, amb la concurrència del curador i del curatelat n'hi ha prou. Si bé en la pràctica s'exigeix un triple consentiment: curador, curatelat i autorització judicial. Els qui defensen aquesta postura -malgrat el contingut literal de l'article 222-43, que es refereix únicament al tutor i a l'administrador patrimonial- es recolzen en l'article 223-10, que remet a les normes de la tutela en el que no està previst per a la curatela.

El contingut de la curatela estarà determinat per la sentència que la declari; en aquest sentit el seu abast té la màxima ductilitat. Serà la resolució judicial la que, en funció de la persona protegida, determini quins actes o quin tipus d'actes han de ser objecte de protecció.

Si bé una lectura detallada del precepte ens fa concloure que aquesta aplicació analògica -certament limitada a alguns àmbits- no s'ha de produir si es vulnera el règim propi de la curatela, i com he dit -amb les puntualitzacions que faré en referir-me a l'article 223-6 del CCCat-, l'essència de la curatela és ser una mesura de protecció que complementa la capacitat.

Altres qüestions se susciten per la vaguetat dels termes de la sentència, ja que moltes es limiten a recollir que la persona que té modificada la seva capacitat no podrà fer sola actes patrimonials complexos, un concepte



massa vague perquè pugui ser operatiu, i que trasllada la responsabilitat de decidir quan ha d'actuar o no als mateixos curadors. Les fundacions tutelars que exerceixen de curador han reivindicat la necessitat que la resolució judicial sigui més precisa⁽⁴¹⁾, ja que entre les seves funcions no hi ha la qualificació jurídica dels actes dels seus curatelats⁽⁴²⁾ i això repercuteix negativament en la gestió diària de la seva activitat.

Per concloure, s'ha de precisar el postulat que manté que la curatela suposa una incapacitat parcial i la tutela, una incapacitat total. En primer lloc, la curatela sempre necessita que la persona protegida tingui un cert grau de discerniment (en no substituir la voluntat del curatelat). En segon lloc, com a mesura de protecció la curatela pot abastar aquells àmbits que determini la sentència, però res no obsta que es projecti sobre tots els àmbits de la vida del curatelat. I, en tercer lloc, la tutela es pot aplicar a una persona que necessiti una modificació de capacitat referida únicament a determinats àmbits (patrimonial i salut per exemple), però que requereixi una mesura de protecció substitutòria, perquè l'activitat de suport, assessorament i salvaguarda del curador no és suficient perquè pugui formar la seva pròpia voluntat.

L'article 223-6 CCCat. regula un *tertium genus* -la curatela amb facultat d'administració- que és aplicable únicament al supòsit de les persones amb la capacitat modificada judicialment.

L'article 223-6 CCCat. regula un *tertium genus* -la curatela amb facultat d'administració- que és aplicable únicament al supòsit de les persones amb la capacitat modificada judicialment; en la resolució judicial es pot atribuir al curador funcions d'administració ordinària de la persona protegida.

Com ja hem reiterat, considerem la curatela com un complement de la capacitat; no obstant això, en aquesta darrera modalitat es confereixen al curador facultats de més profunditat, podent -per ell mateix- fer totes les activitats que es puguin considerar d'administració

ordinària⁽⁴³⁾ respecte al patrimoni de la persona curatelada.

De fet, aquesta interessant figura resol molts dels problemes que es plantejaven en la pràctica en les curateles de contingut patrimonial, ja que, si bé aquesta mesura de protecció és respectuosa amb els drets de la persona protegida, de vegades la seva articulació en la pràctica (especialment en el cas que intervinguessin entitats financeres) era complexa. Per aquest motiu Chimenó Cano⁽⁴⁴⁾, partidària de la tutela -perquè considera que evita el desemparament del subjecte- manifesta: "*el régimen de representación permite una adaptación a las concretas circunstancias del individuo*"⁽⁴⁵⁾ *al acoplar su estatuto jurídico a la limitación del autogobierno del demandado. En términos coloquiales, la tutela resuelve más que la curatela*". Aquesta afirmació és certa ja que és molt més difícil gestionar una curatela -que pot suposar un període d'assessorament, una "negociació" fins que el curatelat és capaç de formar la seva voluntat-, que una tutela, en la qual és únicament el tutor qui ha de decidir quina és la decisió més encertada. Malgrat que aquest inconvenient se supera en gran part amb la curatela amb facultat d'administració, en la qual no s'impedeix la participació del subjecte protegit, però s'aconsegueix una solució més funcional, efectiva i respectuosa dels drets de les persones afectades.

4. Un cas de curatela a Roma: el *furiosus*

Passem finalment, com dèiem més amunt, a l'anàlisi comparativa d'aquesta modalitat de la curatela romana. La necessitat de contemplar la idiosincràsia de persones amb malaltia mental ja va ser advertida en èpoques molt antigues. En Dret romà, la primera cita directa ens apareix a la Llei de les XII Taules⁽⁴⁶⁾.

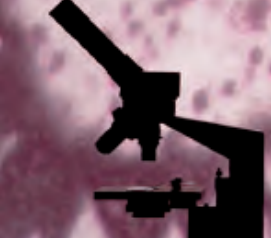
"Si furiosus escit, adgnatum gentiliūque in eo pecuniaque eius potestas esto" (Tab. 5,7a).

En aquest fragment es fa referència a la *potestas* que, sobre l'alienat i els seus béns, tindran els agnats i els gentils. Aquesta protecció ja es configura com una activitat més o menys substitutiva de la voluntat, que apunta a l'esfera patrimonial i personal⁽⁴⁷⁾. El text decemviral no es refereix ni a la tutela ni a la curatela⁽⁴⁸⁾ sinó a la *potestas*. A partir de la *potestas* sobre els *furiosus*,

s'anirà desenvolupant la *cura*, que passarà a adquirir una substantivitat pròpia per un procés d'especificació similar al que es produeix amb el poder del *paterfamilias* quan es projecta sobre diferents subjectes (*patria potestas*, *manus*, *mancipium*). Aquesta referència al poder sobre la persona i els béns del *furiosus*, tant podria deure's a la manca de diferenciació entre tutela i l'embrionària institució de la curatela com a la necessitat d'una intervenció exhaustiva i ràpida davant la possible perillositat de la persona amb malaltia mental a la qual es refereixen bastants fragments del Digest⁽⁴⁹⁾, o bé al fet que a l'alienat li manca -segons les fonts- totalment la voluntat, o el concurs de totes aquestes raons. Aquest poder, que s'exerceix sobre la persona que pateix malaltia mental, no es configura en l'època arcaica⁽⁵⁰⁾ com una institució de protecció de l'individu⁽⁵¹⁾, sinó més aviat de la *gens* i per consegüent va dirigida a la perpetuació d'aquesta⁽⁵²⁾. D'aquesta manera que no es van desenvolupar les accions processals per exigir responsabilitat a qui exercís la *potestas* fins a molt més tard. Tot i que, és evident, com ressalta el professor Fernández de Buján⁽⁵³⁾ que, ja en l'època de Servio, es trasllueix la finalitat tuitiva, almenys en la institució de la *tutela*, que es configura com un "poder sobre una persona llibre que permete y otorga el derecho civil, para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo"⁽⁵⁴⁾.

És raonable pensar que, a l'època arcaica, la preocupació predominant era la pervivència de la comunitat, mentre que, a l'època clàssica, aquesta protecció es traslladaria als subjectes que la necessitessin.

La identificació d'un concepte de malaltia mental en les fonts romanes és una tasca complexa; una mostra d'això és que trobem una variada referència terminològica que normalment era identificada pels comportaments o manifestacions externes del subjecte. El terme *furiosus*⁽⁵⁵⁾ és el més utilitzat per fer referència a les malalties mentals⁽⁵⁶⁾, però també s'utilitzen altres termes, com ara *demens*⁽⁵⁷⁾, *mente captus*⁽⁵⁸⁾, *insanus*, *fatuus*, *lunaticus*, *non sua mentis*; *non compos mentis*; *melancholicus*⁽⁵⁹⁾. Ciceró l'utilitza a tall de definició "*furor atque dementia*"⁽⁶⁰⁾ i desenvolupa les diferents situacions que podríem trobar⁽⁶¹⁾. Guarino⁽⁶²⁾ -seguint en aquest sentit Audibert- considera que



el terme *furor* és més intens i greu que el genèric *dementia*. Entenem que tota aquesta varietat de termes i classificacions tenen el seu punt de partida -com ja hem avançat- en les manifestacions exteriors dels subjectes, ja que són els únics criteris dels que es disposava fins a l'aparició de la psicoanàlisi moderna.

Un dels trets característics de la malaltia mental es refereix al fet que ja des de la norma decemviral es fa al·lusió a una patologia sobrevinguda, és a dir, que podria haver estat latent des del naixement per una predisposició genètica, però la malaltia mental *debuta* o es fa patent en un moment posterior de la vida del subjecte.

S'exigeix una certa permanència, tenint en compte els intervals lúcids⁽⁶³⁾ que poden existir, i un cert component d'incurabilitat⁽⁶⁴⁾, però al mateix temps sense deixar de preveure la remissió o la possibilitat de curació. És a dir, ni es pot dir que pugui existir una malaltia mental en aparèixer el primer símptoma -ja que algunes fonts parlen d'*hysteria* quan es refereix a un episodi d'obnubilació puntual- ni cal exigir un estat o situació immodificable sense possibilitat de remissió.

Diliberto⁽⁶⁵⁾ també considera com característica pròpia del *furiosus* en l'època arcaica l'acceptació d'un origen diví en la bogeria.

Com ja hem apuntat⁽⁶⁶⁾, en la Llei de les XII Taules ja es refereix a una activitat -més o

menys substitutiva- de la persona afectada per malaltia mental que arriba tant a la seva esfera patrimonial com a la personal. Aquesta configuració es manté en l'època clàssica, així a D. 27,10,7 pr. Juliano insisteix que el curador de l'alienat ha de prendre cura amb prudència i treball, no solament del patrimoni, sinó també del cos i la salut del *furiosus*.

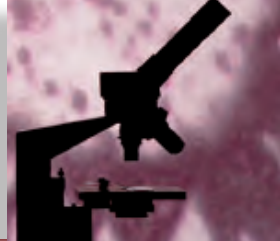
La semàntica del terme *potestas* també ha estat objecte de múltiples debats doctrinals. És evident que suposa un poder molt ampli, encara que es pot modelar i pot ser objecte de graduació, -així ho veiem, amb les diverses projeccions que trobem en D.50,16,215.

La semàntica del terme *potestas* també ha estat objecte de múltiples debats doctrinals⁽⁶⁷⁾. És evident que suposa un poder molt ampli, encara que es pot modelar i pot ser objecte de graduació, -així ho veiem, amb les diverses projeccions que trobem en D.50,16,215⁽⁶⁸⁾. En aquest sentit, Lanza ressalta la interessant situació del *redemptus ab hostibus* que passa de la *potestas* de l'enemic a la *potestas* del redemptor (on no opera en aquest cas el *ius postliminii*) i que posa de manifest la multiplicitat de situacions intermèdies i, per tant, la flexibilitat del poder.

Guarino considerava que la curatela -en particular del *furiosus*- afectaria a l'*estatus* de la persona (més o menys identificable amb el concepte que modernament anomenem "capacitat jurídica"⁽⁶⁹⁾). És a dir, aquest autor va proposar una teoria -àmpliament rebatuda per la doctrina- segons la qual l'absència de capacitat d'obrar implicaria la supressió de la capacitat jurídica. Diliberto s'oposa a la possible extinció de la capacitat jurídica del *furiosus* tot i que matisa que és difícil pensar que, en una època antiga, es pugui mantenir l'abstracta titularitat dels béns del *furiosus* sota *potestas* -malgrat que són pròpies del Dret romà les situacions de "no-extinció" o de vacant dels drets. Per Diliberto la peculiaritat d'aquest règim té a veure amb la incertesa sobre la durada de la condició de *furiosus*⁽⁷⁰⁾. Pugliese proposa que en l'època decemviral seria possible una supressió temporal de la capacitat jurídica; el curador ostentaria una "propietat funcional" dels béns de les persones sotmeses a potestat mentre aquesta situació es mantingués. En definitiva, cap d'aquestes teories ha estat totalment acceptada per la romanística.

La jurisprudència preclàssica i clàssica treballaran intensament en la delimitació de les dues esferes -capacitat jurídica, capacitat d'obrar- partint d'un concepte previ i gradual de capacitat jurídica basada en la idea genuïnament romana d'*estatus*⁽⁷¹⁾. Així a D.28,1,16 (*lib. sing. reg.*) Pomponio contraposa el supòsit del *furiosus* al del fill de família, a l'esclau aliè i al pòstum. I és que en aquests tres casos (fill de família, esclau aliè, pòstum) no es podria assolir la situació òptima (*libre, cives i sui iuris*) de capacitat jurídica. En canvi, el *furiosus*, sí que podria gaudir de l'*estatus* òptim tot i que la seva capacitat d'obrar estigués limitada, d'aquí la contraposició entre aquests grups de subjectes. És aquest possible *estatus* de l'alienat el que podria condicionar un règim de protecció especial, la curatela, en lloc de la tutela.

Si examinem el *furiosus* des del punt de vista de la capacitat del subjecte, el tractament de l'alienat a les fonts romanes seria assimilable -com diu Fernández de Buján⁽⁷²⁾- al de l'"infants" (0-7 anys), als quals s'atribueix com a mesura de protecció, la tutela, per manca totalment de capacitat d'obrar "*qui fari non potest*"⁽⁷³⁾. És diferent la situació del pròdig, ja que, a diferència del *furiosus*, manté en tot cas una certa capacitat d'obrar, si més no per enriquir-se



i la seva posició s'assemblaria a l'*infantia maior* (7-12/14 anys).

Tots dos subjectes, *furiosus* i *prodigus* -que podrien gaudir d'un *status* òptim- estarien afectats de manera diferent en la seva capacitat d'obrar- i, no obstant això, van tenir una protecció semblant, la curatela. Aquesta institució que, observada des de la dogmàtica moderna, no pretén substituir la voluntat de la persona afectada, sinó complementar o reforçar la capacitat, sinó que, a Roma, es podria utilitzar tant per substituir-la com per complementar-la.

Si examinem el *furiosus* des del punt de vista de la capacitat del subjecte, el tractament de l'alienat a les fonts romanes seria assimilable -com diu Fernández de Buján - al de l'"infants" (0-7 anys), als quals s'atribueix com a mesura de protecció, la tutela, per mancar totalment de capacitat d'obrar "qui fari non potest".

El tractament del *furiosus* s'estendrà al pròdig⁽⁷⁴⁾, encara que aquesta última figura gaudeix de menys interès per part de la jurisprudència. No obstant això, trobem en el Digest un fragment fonamental, D.27,10,1 pr. (*Ulp 1 ad Sab*) en el qual Ulpiano deixa entreveure dos moments evolutius diferents. En un primer moment, l'actuació protectora del pròdig es realitzaria amb la *interdictio*, amb la prohibició de realitzar determinats actes (*manicipationes* i atorgament de testaments); mentre que, a l'època clàssica, la protecció s'estén a una àmplia activitat d'administració per part del curador. Aquestes dues formes de protecció es mantindran coexistint fins que predomini l'administració del curador -més pròpia i adaptada a les necessitats del tràfic jurídic de l'època clàssica. En aquest fragment s'introdueix al final la figura del *furiosus* a l'efecte de comprovar que tots dos estan subjectes a curatela.

En diversos textos del Digest veiem que els juristes clàssics -posant de manifest la seva flexibilitat i rigor-, delimiten la rellevància jurídica de la persona amb malaltia mental -i per tant del contingut de la curatela- sobre la base d'argumentacions teòriques originals, adaptades a cada cas. Així podem veure



a les fonts una elaboració de la figura del *furiosus*. A D.26,5,8,1 (*Ulp 8 de omn. trib*) estudia el supòsit d'un pretor que pateix un rampell d'alienació o demència, circumstància que no afectaria la titularitat de la magistratura, -és a dir que no se'l privaria *ipso iure* del seu càrrec-, encara que l'acte realitzat en aquest arravatament no valdria. A D.47,10,17,11 (*Ulp 57 ad ed.*) es mostra el predomini de la visió processal del Dret Romà, ja que si un fill de família rep una injúria i la seva *paterfamilias*, que està present -i és qui hauria de reaccionar-, no pot fer-ho per 'bogeria o demència', es donarà la possibilitat d'interposar l'acció al fill, perquè el pare és com si estigués 'absent' o 'mente captus'. A D.28,3,20 (*Scaev. 13 dig.*) Escevola es planteja el tema que un ciutadà romà, Lucio Tici -en plenes facultats físiques i mentals-, que fa testament però posteriorment es trastorna -*mente captus*⁽⁷⁵⁾- i trenca el precinte. El jurista admet que els hereus puguin acceptar l'herència. També a D.33.2.32.6 (*Scaev. 15 dig.*) el jurista torna a utilitzar el terme *mente captus*; en aquest passatge el testador institueix hereves dues filles i un fill que pateix una malaltia mental, llega a més a una de les filles, *Publia Clementiana* un usdefruit perquè alimenti el seu germà fins que es curi. Escevola proposa com a recurs jurídic la institució de l'alienat com a co-hereu -que pressuposa la subsistència de la seva capacitat jurídica-, alhora que dissenya una institució jurídica de protecció: l'usdefruit de la porció

hereditària de l'alienat amb un *modus* o càrrega modal, amb finalitats alimentàries. Aliments que, segons el text, hauríem d'interpretar en un sentit ampli (alimentar, protegir, administrar). El fragment es troba al títol relatiu "al llegat o fideïcomís d'ús, d'usdefruit, de rèdit, d'habitació, de serveis", i mostra la preocupació protectora del progenitor d'un *furiosus* en la seva cerca de la institució jurídica tuitiva més adequada a la situació, ja que, en tot cas, el llegat d'usdefruit té caràcter temporal "fins que es curi i recobri el seny"⁽⁷⁶⁾.

La veritat és que l'evolució de l'originària *potestas* no condueix a una única i uniforme forma de curatela, sinó a diferents modalitats (*cura debiliū personarum*, *cura bonorum*, *cura absentis*, *curator hereditatis iacentis*, *curator ventris*), sense que el contingut i l'àmbit de la mesura de protecció hagi de tenir un contingut únic. Proposem un concepte ampli de curatela com a mesura de protecció, que és objecte d'una doble evolució: d'una banda, el desenvolupament de la cura des d'un contingut més restrictiu -la prohibició de realitzar determinats actes o *interdictio*- cap a una més gran intervenció (administració o cura en el sentit ampli); i d'altra banda, l'existència de diverses formes de curatela que acaben unificant-se. Aquest fenomen -comú també en altres institucions- seria el que, seguint Archi⁽⁷⁷⁾, conduiria a la confusió d'aquesta matèria en el Digest.

Per molt que s'hagin superat les teories dels qui propugnaven que la supressió de capacitat d'obrar podria suposar l'extinció (temporal o definitiva) de la capacitat jurídica, lògicament ambdues esferes es relacionen entre elles, ja que ens trobem en un context històric molt allunyat de l'atribució de capacitat jurídica a una persona pel simple fet del naixement. És per això que no és possible estudiar la curatela sense atendre prèviament l'estatus del subjecte, ja que podria ser que aquesta circumstància determinés l'elecció de la mesura de protecció (tutela o curatela).

En definitiva, entenem que, si haguéssim d'optar per un tret característic de les institucions de protecció a Roma, especialment en el cas examinat del *furiosus*, ens inclinàriem per la flexibilitat de la curatela que permet tant substituir com complementar la capacitat i aplicar-la a supòsits que no són idèntics. Elasticitat pròpia de la casuística romana, que permet ajustar el tractament al supòsit concret.

- (1) Aquest treball s'emmarca dins el projecte de recerca *Regulae iuri* "sobre relacions jurídiques obligatòries: història textual, interpretació, pràctica", finançat pel Ministeri d'Economia i Competitivitat, ref. DER2016-75518-P. El text mostra l'avenç de la comunicació presentada en el passat Seminari romanístic internacional *Salvius Iulianus* organitzat per la Universitat Rovira i Virgili durant els dies 5 i 6 de juliol de 2018; sobre aquests temes, hem publicat unes primeres consideracions a la RGDR 30 (2018).
- (2) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, número 83-84, Especial 50 Aniversario ICADE, 2011, pàgs. 119-155. "La Convención Internacional de 2006 sobre los Derechos de las personas con discapacidad, supone un cambio de paradigma en la concepción y el tratamiento de las personas con discapacidad, que obliga a modificar y adaptar la legislación española al respecto". L'autor centra la seva encertada exposició a reconduir el procediment de modificació de capacitat –segons la LEC– "procediment d'incapacitació" en l'àmbit de la jurisdicció voluntària, és a dir, tornar a la regulació existent en el moment de la reforma de la LEC del 2000; també v. MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M. L. "De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del

disminuido psíquico en derecho actual". *Anuario de Derecho Civil*. Abril-juny, 2004, pàgs. 7755-825, RGDR 4 2005.

- (3) En aquest sentit, s'hauria de reformar tant el procediment de modificació de capacitat arts. 756 i ss. LEC; arts. 199 i ss. del Codi Civil espanyol i, en territori català, el Llibre Segon del Codi Civil relatiu a la persona i família aprovat per la Llei 21/2010, de 29 de juliol – que va entrar en vigor l'1 de gener de 2011.
- (4) No pretenem negar el que és evident: que el Dret de persones romà també gira al voltant d'alguns principis que avui dia ens repugnen: desigualtat entre persones lliures i esclaus; desigualtat entre homes i dones; desigualtat entre *sui iuris* i *alieni iuris*.
- (5) MIQUEL, J., *Derecho Romano*. Marcial Pons, Madrid, 2016, pàgs. 101 i ss.
- (6) Segons la Disposició Final de la Llei 1/2009, de 25 de març, "el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de los procedimientos de incapacitación judicial que pasará a denominarse procedimientos de modificación de capacidad de obrar, para la adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006". S'ha de destacar que, tot i haver superat àmpliament el termini establert, segueix pendent la reforma del procediment d'incapacitació.
- (7) CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., "La Convención de los Derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el Notario "ombudsman social", dins *Red Iberoamericana de expertos en Discapacidad y Derechos Humanos* www.derechoshumanos.aequitas.org/documentos.php mayo 2011 i "Nuevos retos para el Notariado tras la Convención de Nueva York" dins *Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa*. Aranzadi, 2015, pàgs. 165-182.
Article 12 1. *States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.*
2. *States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.*
3. *States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.*
4. *States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are*

free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.

5. *Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.* <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/article-12-equal-recognition-before-the-law.html>

TRADUCCIÓ: Article 12. Igual reconeixement com a persona davant la llei. 1. Els estats part reafirmen que les persones amb discapacitat tenen dret a tot arreu al reconeixement de la seva personalitat jurídica. 2. Els estats part reconeixen que les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions amb les altres en tots els aspectes de la vida. 3. Els estats part han d'adoptar les mesures pertinents per proporcionar a les persones amb discapacitat accés al suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica. 4. Els estats part han d'assegurar que en totes les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica es proporcionin salvaguardes adequades i efectives per impedir els abusos de conformitat amb el dret internacional en matèria de drets humans. Aquestes salvaguardes han d'assegurar que les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica respectin els drets, la voluntat i les preferències de la persona, que no hi hagi conflicte d'interessos ni influència indeguda, que siguin proporcionals i adaptades a les circumstàncies de la persona, que s'apliquin en el termini més curt possible i que estiguin subjectes a exàmens periòdics fets per una autoritat o un òrgan judicial competent, independent i imparcial. Les salvaguardes han de ser proporcionals al grau en què aquestes mesures afectin els drets i els interessos de les persones. 5. Sense perjudici del que es disposa en aquest article, els estats part han de prendre totes les mesures que siguin pertinents i efectives per garantir el dret de les persones amb discapacitat, en igualtat de condicions amb les altres, a ser propietàries i heretar béns, controlar els seus propis assumptes econòmics i tenir accés en igualtat de condicions a préstecs bancaris, hipoteques i altres modalitats de crèdit financer, i han de vetllar perquè les persones amb discapacitat no siguin privades dels seus béns de manera arbitrària.



- (8) Parlem de tradició romànica, tot i que aquests conceptes no van ser formulats pels juristes romans, encara que els coneixien i els diferenciaven amb precisió.
- (9) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Romano*. Aranzadi, 2017, pàgs. 144 i ss. "Los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, pertenecen a la dogmática jurídica moderna que, formulada, en buena medida por la Pandectística alemana del siglo XIX tiene su fundamento en las fuentes romanas y tradición romanística... (..) Cabría pues hablar en el primero de los supuestos de poder de titularidad y, en el segundo de poder de ejercicio"; BUCKLAND, W.W. and McNAIR, A., "Roman Law and Common Law", Cambridge University Press Second Edition 1974. pàg. 47. Resulta interessant veure com els autors comparen el funcionament de la tutela a Roma i al Regne Unit, ja que ambdós sistemes es caracteritzen per uns drets casuístics. "it seems probable that the rule is in practice in our law the same as that in Rome".
- (10) STEIN, P "The character and influence of the Roman Civil Law" pàg. 251 "Is a classic exemple of the way in which English law manages to avoid theory as long as possible and then turns to contemporary continental doctrine when at last it needs a theoretical explanation of the institutions which it has developed pragmatically".
- (11) El Comitè dels drets de les persones amb discapacitat és l'òrgan d'experts independents que supervisa l'aplicació de la Convenció. El Protocol reconeix la competència del Comitè per rebre i considerar comunicacions d'individus que es trobin sota la jurisdicció dels Estats parts i que al·leguin ser víctimes d'una violació de qualsevol dels drets enunciats a la Convenció per part d'aquests Estats. El Comitè no rebra cap comunicació relativa a un Estat part de la Convenció que no hagi signat també el Protocol.
- (12) MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*. Marcial Pons. Madrid, 1992, pàg. 51 i ss. "Efectivamente el Derecho Romano carece de termino técnicos para lo que nosotros llamamos persona, capacidad jurídica y capacidad de obrar... Sin embargo, la idea romana de capacidad no es única y rígida, sino que viene determinada en relación con el concepto de status."
- (13) PUGLIESE, G con la collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca. *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino, 1998. 2a ed., G. Giappichelli Editore, pàg. 215 i ss. "Fin dall'epoca arcaica, infatti, soltanto i soggetti che si trovassero in particolari posizioni rispetto al gruppi sociali di appartenenza potevano essere titolari di diritti ed obblighi, avere cioè quella che modernamente viene chiamata -capacità giuridica.
- (14) Tot i que alguns autors afirmen que més que una confusió es produeix una unificació de conceptes. Vegeu nota 21.
- (15) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación" *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, número 83-84 Especial 50 Aniversario ICADE, 2011 pàg. 125, "En relación con el contenido del artículo 12 cabe realizar las observaciones que siguen: -En el apartado 2 del artículo 12 no se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad"
- (16) ARROYO, E., BOSCH, E., FERRER, J., GINEBRA, E., LAMARCA, A., NAVAS, S., VAQUER, A. "Dret Civil. Part General i dret de la persona". Atelier Llibres Jurídics, 2013 pàg. 261 i ss.
- (17) Hem optat per un manual de Dret civil català, ja que el nostre estudi s'emmarca en la legislació catalana, encara que, lògicament, ens recolzem en la Constitució espanyola, la Llei d'enjudiciament civil i la resta de normativa aplicable.
- (18) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. DYKINSON 2.013 Coord. Sofia de Salas Murillo, Monografías de Derecho Civil.
- (19) ARROYO, E., BOSCH, E., FERRER, J., GINEBRA, E., LAMARCA, A., NAVAS, S., VAQUER, A. "Dret Civil. Part General i dret de la persona", Atelier Llibres Jurídics. 2013, pàg. 262 i ss. És cert que l'obra és anterior a la publicació de les conclusions de la Sessió de 31 de març a l'11 d'abril de 2014 del Comitè.
- (20) FLYNN, E "The suport model of Legal Capacity: Fact, Fiction or Fantasy?" *Berkeley Journal of International Law*. 2014 Vol. 32 Issue 1 pàg. 124-143 "The Committee states that a substituted decision-making regime is a system where : 1) legal capacity is removed from the individual even if just in respect to a single decision 2) a substitutes decision-maker can be appointed by someone other than the individual, and, 3) any decision made is bound by what is believed to be the objective 'best interests' of the individual as opposed the individual's own will and preferences".
- (21) Es tractaria d'unificar el concepte de *capacitat jurídica* i *capacitat d'obrar* en aquest sentit GANZEMÜLLER ROIG, C "La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad" dins *Hacia un Derecho de la Discapacidad...* op. Cit, pàg. 396 i ss. Les afirmacions de l'autor es troben recollides en el recurs del Ministeri Fiscal que va donar lloc a la STS de 29 d'abril de 2009, que en el tercer fonament de dret estableix que: "La Convención unifica la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona". D'aquí ve que la nostra reflexió sobre la aquesta qüestió es pugui projectar sobre els menors d'edat.
- (22) En el mateix sentit MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", pàg. 24 i ss. *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas Colección monografías de Derecho Civil*. Ed Dykinson Coord. De Salas Murillo, S (2013).
- (23) És la denominació que té la institució de la "patria potestad" en el Llibre II del Codi civil de Catalunya (Llei 25/2010, de 29 de juliol).
- (24) PALACIOS RIZZO, A., "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española" dins *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*. Ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2009, pàg 143 i ss. Coord. PÉREZ BUENO, L.C.
- (25) FLYNN, E., "The support model of Legal Capacity: Fact, Fiction or Fantasy?", *Berkeley Journal of International Law*. 2014, Vol. 32, Issue 1, pàg. 124-143 "The Committee states that a substituted decision-making regime is a system where : 1) legal capacity is removed from the individual even if just in respect to a single decision 2) a substitutes decision-maker can be appointed by someone other than the individual, and, 3) any decision made is bound by what is believed to be the objective 'best interests' of the individual as opposed the individual's own will and preferences".
- (26) GANZEMÜLLER ROIG, C., "Garantías y derechos de las personas con discapacidad especialmente vulnerables en la Convención de Nueva York. 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España". *Estudios en Homenaje a Miguel Angel Cabra Luna*, Coord. por Luis Cayo Pérez Bueno, Gloria Esperanza Alvarez Ramírez, 2012, pàg. 401 i ss. L'autor proposa no acudir a un procés d'incapacitació d'abast general, com a regla general. Es tractaria de procediments puntuals i limitats a examinar la necessitat concreta. Tornaríem a un sistema casuístic com el de la nostra tradició romana. No obstant això, sense un increment de jutjats destinats a aquesta finalitat, aquesta teoria

és impensable i una opció inviable des del punt de vista econòmic.

- (27) DE ASIS RORG, R.; BARRANCO AVILÉS, M.C.; CUENCA GÓMEZ, P., i PALACIOS RIZZO, A. "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad en Derecho Español", Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español. Madrid, Ed. Dykinson, 2010, pàg. 30 i ss. En aquest sentit, veure també la nota núm. 6.
- (28) SANTOS URBANEJA, F., "A propósito de los efectos en el Código Civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad". Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la protección de las personas con discapacidad y tuteladas. Estudios Jurídicos número 2009, pàg. 21 i ss. Acabar amb la distinció entre capacitat jurídica i capacitat d'obrar significar tocar els ciments, l'estructura i l'essència del Codi civil, podria implicar una dosi "d'inseguretat jurídica" no assumible.
- (29) L'article 49 CE estableix expressament el deure dels poders públics de prestar atenció especialitzada a les persones amb disminució física, sensorial o psíquica, perquè puguin gaudir els seus drets fonamentals amb plenitud.
- (30) Podem recórrer a un exemple extrem: si el sistema social no permet la substitució de la voluntat de les persones amb discapacitat, què passaria amb les persones que pateixen una demència tipus Alzheimer en una fase avançada, les deixariem totalment abandonades? Qui podria prendre la decisió que rebin unes atencions dignes finals al final de les seves vides?
- (31) No és objecte d'aquest article, però s'ha de distingir el concepte d'invalidesa més restrictiu, propi de l'àmbit del Dret laboral, del de discapacitat.
- (32) Potser hauríem de proposar un "nou" concepte sense un contingut, *a priori*, negatiu.
- (33) Evidentment, ja que encara no s'ha iniciat el procediment de modificació de capacitat, en no haver-hi una necessitat o un risc evident per al mateix subjecte afectat.
- (34) La declaració d'incapacitat exigeix una certa permanència, però si les circumstàncies canvien es pot iniciar un nou procediment que pot deixar sense efecte les mesures de protecció anteriors, o modificar la seva intensitat.
- (35) La sentència conté els raonaments del recurs interposat pel Ministeri Fiscal.

- (36) De la mateixa manera que en les escoles del S. I de Roma es discutia sobre quin havia de ser el criteri per determinar l'arribada de la pubertat: *inspectio corporum* cas per cas, propugnada per l'Escola Sabiniana o l'edat defensada pels Proculeians, criteri que, per major seguretat jurídica, va escollir Justiniana.
- (37) De fet, el motiu pressupostari va ser un dels arguments que va defensar Noruega per la seva reserva a l'article 12 de la Convenció.
- (38) Hi ha molts treballs en aquest àmbit en Dret espanyol, sense ànim exhaustiu DE SALAS MURILLO, S., "Repensar la curatela" dins *Derecho Privado y Constitución* n. 27, 2013, pàgs. 11-48; *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas*. Colección Monografías de Derecho Civil. Dykinson, 2013, coordina Sofia de Salas Murillo; VIVATESON, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Coord. Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez, Óscar Monje Balsameda. Vol. I, 2011, Parte sustantiva. Pàgs. 363-374; LEGEREN-MOLINA, A., *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de las Naciones Unidas*. Coord. María E. Rovira-Sueiro, Antonio Legerén-Molina, Sofia de Salas Murillo, María Victoria Mayor del Hoyo. 2015. pàgs. 63-224. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "El procedimiento para la adopción de las medidas de protección: una propuesta de reforma", *Jornadas de Tossa XVII*. 2012 i *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. McGraw-Hill. 1997. I en l'àmbit català VAQUER ALOY (coord.), *Dins Dret Civil. Part General i Dret de la Persona*. Atelier. 2013 (Arroyo Amayuelas, E., Bosch Capdevila, E., Ferrer i Riba, J., Ginebra Molins, E., Lamarca i Marques, A., Navas Navarro, S., Ribot Igualada, J.); *Les institucions de protecció de la persona en el Dret Civil de Catalunya*. BOSCH CAPDEVILA, E.; DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A. Centre d'estudis jurídics i formació especialitzada. Departament de Justícia. 2012.
- (39) La figura de 'l'assistent' de l'article 226-1 CCat., no és incapacitant. Desgraciadament s'utilitza poc.
- (40) No ha de ser-ho en el sentit tècnic que té la figura de l'Assistència prevista en els articles 226-1 i ss.CCCat.
- (41) Sol·licitant en molts casos aclariments de la sentència que moltes vegades no són ateses.
- (42) A diferència d'altres operadors jurídics com els Notaris o els Registradors de la Propietat.
- (43) El concepte d'administració ordinària es defineix en sentit negatiu, es tractaria de les activitats que no podem considerar administració extraordinària, és a dir les de l'article 222.43 CCCat.

- (44) Chimenno Cano, M., "Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal", Colección Monografías de Derecho Civil. Ed. Dykinson, *Los Mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas*, 2013 pàg. 117 i ss.
- (45) A costa dels seus drets fonamentals.
- (46) RANDAZZO, S. "Furor e lucidi intervalli. Riflessioni sul regime giuridico della demenza" *IURA* 2014;XXII Jovene Napoli pàg. 171 i ss. "Una difficoltà a cui ha iniziato a dare una risposta -prevalentemente in chiave diagnostica- la moderna psicoanalisi".
- (47) PUGLIESE, G amb la col·laboració de Francesco Sitzia i Letizia Vacca. "Istituzioni..." pàg. "Le XII tavole attribuirono agli agnati e ai gentili la potestas sul furioso e sui beni".
- (48) Això no obstant, la tutela sí que apareix esmentada en la Tab.V.
- (49) D. 1, 18, 13, 1 (Ulp. 7 de off. procons.) *Furiosis, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est: scilicet ut carcere contineantur. Et ita divus Pius rescripsit. sane excutiendum divi fratres putaverunt in persona eius, qui parricidium admisserat, utrum simulato furore facinus admisisset an vero re vera compos mentis non esset, ut si simulasset, plecteretur, si fureret, in carcere contineretur.*
D. 1, 18, 14 (Macer 2 de iudic. publ.) *Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: "Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. Et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. Si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admisit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. Cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae negligentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. Nam custodes furiosos non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio suo fuerint."*



- (50) BONFANTE, P. *Corso di diritto romano*, 11a reimpr. Milà, 1963, és el primer a formular una teoria sobre la relació entre tutela i *hereditas* que resolvia amb la confusió entre la figura del tutor i l'hereu.
- (51) GUZMÁN, A. "Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana" *Ediciones Universidad de Navarra*. Pamplona, 1976, pàg. 60 i ss. El Dret arcaic no va conèixer una institució la funció de la qual consistís a protegir béns (i menys la persona) del pupil. Abans que sorgís la *actio negotiorum gestorum*, els pupils no tenien mitjans eficaços per exigir del seu tutor els comptes de la seva administració; només pels furts, a través de la *actio rationibus distrahendis*, i un cop acabada la tutela.
- (52) PUGLIESE, G. amb la col·laboració de Francesco Sitzia i Letizia Vacca. "Istituzioni...", pàg. 274 "Nel periodo antico la tutela non era concepita como un istituto a protezione dell'impubere o della dona, bensí come un potere spettante al tutore nell'interesse proprio e della famiglia de cui era esponente."
- (53) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Romano*. Aranzadi, 2017 pàg. 153 i ss. i de forma anàloga es pot trobar a FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*. 6a edició. IUSTEL, 2013, pàg. 213 i ss. "la tutela (...) evolucionó igual que pasó con la patria potestad, en el sentido de considerar prevalente la defensa de los intereses del pupilo, y de ser entendida más como una carga que como el ejercicio de un derecho, con lo que se aproxima al ámbito del ius publicum".
- (54) D. 26, 1, 1 (*Paul. 38 ad ed.*) Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.
- (55) D. 27, 10, 13 (*Gai. 3 ad ed. provinc.*) Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii praetor administrationem dat, scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur.
- (56) El professor Fernández de Buján indica que la utilització del terme *furiosus* per designar les persones amb malaltia mental "obedeix a que en los primeros tiempos solo se habría previsto la situación de aquellos casos que revestían una especial gravedad o agresividad". En el mateix sentit els textos citats a la nota 14.
- (57) D. 5, 2, 2 (*Marcian. 4 inst.*) Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.
- (58) Varr 1.2.8 *Mente es captus atque ad agnatus et gentiles est deducendus*.
- (59) RANDAZZO, S., *op. cit.* "Furor...", pàg. 175 L'autor ressalta que les característiques que Ruf Efesi considera que caracteritzen la *melancolia* coincideixen amb el que avui podríem anomenar els símptomes habituals de la depressió.
- (60) RANDAZZO, S., *Furor e lucidi intervalli. Riflessioni sul regime giuridico della demenza*, IURA 2.014XXII Jovene Napoli, pàg. 172. Els termes també són desenvolupats per Ciceró dins (*Tusc.3.5.11*) on distingeix els diferents tipus de malaltia mental, separant-les en funció de les seves manifestacions externes.
- (61) D'ORS, X. "Sobre XII Tab. V,7 dins "Si furiosus escit..." En aquest article el professor X. D'Ors identifica dos conceptes de *furiosus* en les obres de Ciceró: mentre que en les *orationes* i *epistulae* el furor té una consideració de "bogeria homicida"; en els escrits filosòfics i retòrics el *furiosus* seria aquella persona que no té el control de la seva ment, l'alienat mental, sense cap consideració especial.
- (62) GUARINO, A. "Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae" dins *Annali Università di Catania*, 3, 1949 i *Le origini quirittie*. Nàpols 1973, pàg. 247 i ss.
- (63) Hem de fer esment de l'anomenada Teoria dels intervals lúcids. És a dir, si l'alienat en els períodes de temps en què es considera que la malaltia –si bé no desapareix totalment– es troba latent, pot fer actes jurídics vinculants. La doctrina dubta sobre si la formulació d'aquesta teoria prové o no de l'època clàssica. En aquest sentit Fernández de Buján afirma que "en la época post-clásica, sobre la base de precedentes clásicos, se estableció con carácter general, la regla de la capacidad de obrar de las personas con enfermedad mental, en periodos de lucidez". Randazzo, en tractar de la possibilitat de curació de la malaltia mental, s'inclina també per l'admissió dels intervals lúcids no només en les fonts tardanes, sinó també en la jurisprudència clàssica. Aquest autor explica que a Roma no es van arribar a acceptar els intervals de lucidesa com una manifestació més de la mateixa malaltia, sinó més aviat com períodes de curació temporals.
- (64) RANDAZZO, S. "Furor e lucidi intervalli. Riflessioni sul regime giuridico della demenza" IURA 2014;XXII Jovene Napoli, pàg. 171 "Secondo un autorevole dottrina tuttavia più che di continuità certamente necessaria per identificare la situazione di patologia psichica, la malattia avrebbe dovuto presentare i caratteri della definitività e ciò si sarebbe avuto soltanto laddove la follia fosse conlamata nelle veste del furor e considerata "grave ed evidente, quindi praticamente inguaribile e definitiva". La incurabilitat ha estat defesada per ZUCCOTTI, "Il furor" del patricida e il testamento di Malleolo" *Labeo: rassegna di diritto Romano*, Vol. 37, n. 2, 1991, pàg. 174-226 i GUARINO A. "Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae" dins *Annali Università di Catania*, 3, 1949, pàg. 194 i ss.
- (65) DILIBERTO O. *Studi sulle origini della "cura furiosi"*, Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore, 1984 pàg. 48.
- (66) DILIBERTO, O. *Studi sulle origini della "cura furiosi"*, Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore, 1984, pàg. 44 i ss. L'autor manté que, mentre per Guarino i Gall el terme *potestas* que apareix en les XII Taules es refereix a un poder intens i absorbent que exclou la capacitat jurídica del subordinat, Archi considera que la *potestas* suposa l'exercici d'un poder específic i parcial "nella sua realtà effettuale"; MIQUEL GONZALEZ DE AUDICANA, J., *Historia del Derecho Romano* PPU. Reimp. 2a ed. octubre 1995; pàg. 34 i ss.
- (67) Vegeu en aquest sentit LANZA C. "Ricerche su furiosus in Diritto Romano". *Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell'Oriente mediterraneo*. LXVIII. Roma, 1990.
- (68) D. 50, 16, 215 (*Paul. l. s. ad l. Fuf. Canin.*) "Potestatis" verbo plura significantur: in persona magistratum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium. at cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.
- (69) GUARINO, A. *Il furiosus* cit. sosté que una mostra que el pròdig o la persona amb malaltia mental no gaudien de capacitat jurídica és que en la Llei de les XII Taules no hi ha cap norma sobre la successió del *furiosus*, i això era lògic, ja que la "mort civil" suposava l'obertura de la successió intestada. En tot cas s'hauria de tenir en compte la possibilitat que el pròdig o malalt mental hagués fet testament amb anterioritat a l'aparició de la causa que li impedis autogovernar-se.
- (70) LANZA C. "Ricerche su furiosus in Diritto Romano" *I. Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell'Oriente mediterraneo*. LXVIII. Roma 1990, pàg. 89 ambdós autors destaquen la particular circumstància que se dona respecte de D. 50, 16, 215 (*Paul. l. s. ad l. Fuf. Canin.*)
- (71) Paral·lelament a aquesta evolució haurem també de tenir en compte la influència de trànsit d'un model decemviral de família agnàtica, a un model cognàtic.

(72) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Romano*, Aranzadi, 2017, pàg. 158 “*el enfermo mental, demens o insanus, no puede, en consecuencia, ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento, si bien la enajenación sobrevenida ni disuelve el matrimonio, ni anula el testamento ya otorgado.*”, i de forma anàloga FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho privado romano*, 6a Ed., Iustel, 2013 pàg. 219.

(73) D. 28, 1, 20, 4 (Ulp. 1 ad Sab.) *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest: testamentum quoque, quod ante furorem consummavit valebit et bonorum possessio ex eo testamento competit.*

(74) Les fonts presenten el pròdig des d'una perspectiva objectiva: preocupa el resultat d'una sèrie de conductes, però no la causa per la qual es tenen aquestes conductes. Res obsta que el motiu d'aquesta actuació pugui ser, per exemple, una malaltia mental. És paradoxal que el concepte es defineixi des d'una òptica objectiva (intrínseca del concepte), però que, alhora, en relació amb tercers, es caracteritza per la relativitat.

(75) En la traducció del Digest de D'Ors A et alii (Pamplona, 1968) es tradueix *mente captus* per “deficient mental”. És una de les accepcions possibles, si bé, tenint en compte sobretot el final del fragment en què el pare expressa la temporalitat de l'usdefruit vinculant-lo a la sanació i recuperació del senyi, creiem que la traducció més adequada seria la d’“alienat”.

(76) Aquest treball es limita a aspectes civils, no ens plantegem la possible responsabilitat penal especialment respecte del *dol* “*Continua mentis alienatione omni intellectu careat*” en aquest sentit l'interessant Rescripte de Marco Aurelio i Commodus recollit dins: D. 1, 18, 14 (Macer 2 de iudic. publ.) Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: “*Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. Et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum*

pertinebit. Si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. Cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint.”

(77) AUDIBERT, *La Folie et la prodigalité*, pàg. 75 i ss; SOLAZZI, *Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII tavole*, pàg. 245.

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA

(Sala cinquena), de 7 d'agost de 2018: admet que els interessos remuneratoris subsisteixen quan es declaren abusius els moratoris, però no resol completament la cessió de crèdits hipotecaris

Per Àngel Serrano de Nicolás
Notari de Barcelona

I.- Questions prèvies i marc jurisprudencial intern de la STJUE, de 7 d'agost de 2018

El resum i la breu anàlisi de la sentència del Tribunal de Justícia (STJUE), de 7 d'agost de 2018, Sala 5a (ECLI:EU:C:2018:643) que faig aquí serà comparant-lo amb el Projecte de Llei de contractes de crèdit immobiliari (PLCCI), que encara es troba en tramitació parlamentària i, com és sabut, va ser presentat per un Govern (Partit Popular) i haurà de ser aprovat per un altre Govern en minoria (PSOE), amb suports parlamentaris diversos i en què, a més, els grups parlamentaris que li van donar suport van presentar múltiples esmenes incompatibles entre si⁽¹⁾ en força ocasions.

En aquest PLCCI de transposició de la *Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer de 2014, sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a bens immobles d'ús residencial i per la qual es modifiquen les Directives 2008/48/CE i 2013/36/UE i el Reglament (UE) n. 1093/2010*, a l'ordenament intern espanyol, pateix una manca de regulació clamorosa en matèria d'execució (al marge que el seu art. 28 sigui incorrecte) i, a més, la matèria que és objecte de regulació presenta llums i ombres, almenys en allò que ha estat i és el gran problema del sistema hipotecari espanyol, que segueix sent la seva fase de realització dinerària. El seu fracàs rotund s'ha posat de manifest en la seva dilació en el temps (que, en força ocasions, ha estat a causa, generalment, del plantejament encertat de qüestions prejudicials, ja que han estat reconegudes pel TJUE); sobre la manca de postors, la problemàtica persistent de les clàusules abusives; la inadequació del procediment executiu, que es va reformar a través de

la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social⁽²⁾; els problemes –sens dubte de menys entitat– que presenta la reclamació del deute hipotecari a través del judici ordinari sobre la necessitat d'embargament i constància de l'hipoteca que s'executa quan s'acudeix a aquesta via ordinària, *cdf*, RDGRN d'1 de febrer de 2017; i, sobretot, la necessària determinació prèvia si és un contracte real en tractar-se d'un préstec⁽³⁾ i, en conseqüència, si és o no resoluble via 1124 CC, ja que si s'admet que un cop entregat el capital només subsisteixen obligacions a càrrec del prestatari ja no hi hauria, de moment, obligacions recíproques, i en el dret intern s'ha resolt per la STS d'11 de juliol de 2018 (ROJ: STS 2551/2018 – ECLI:ES:TS:2018:2551), però encara està pendent de pronunciar-se el TJUE. La qüestió no és, precisament, baladí, i, fins i tot, per acomodar-se a l'art. 28 PLCCI, seria oportú diferenciar *el que seria exigible en el cas d'impagament* –subsistint el deute no vençut i la seva garantia hipotecària, no tenint cap efecte l'art. 1124 CC– i davant d'això, *la possibilitat de donar per vençut el capital total del préstec hipotecari*. En aquesta via sí que incideix el venciment anticipat i la seva possible abusivitat; d'aquesta manera, és habitual admetre el caràcter abusiu del pacte de venciment anticipat que no prevegi, com a mínim, tres quotes impagades, independentment que l'entitat de crèdit s'espera, fins i tot, a la mitja dotzena de quotes impagades per reclamar les quantitats impagades, i és aquesta inaplicabilitat del venciment anticipat per abusivitat el que ha conduït a acudir a l'art. 1124 CC o a l'art. 1129 CC per donar per vençuda la quantitat que encara està pendent de pagament (v., a aquest efecte, SAP València, secc. 6a, de 6 de febrer de 2018,

tot i que es pot considerar superada amb l'última jurisprudència de la Sala 1a del TS, citada *supra*).

Per si això que s'acaba de dir fos poc, el PLCCI sembla que pretengui resoldre problemes derivats de la Directiva 93/13 i de la reiterada jurisprudència del TJUE, que no transposar urgentment la Directiva 2014/17/UE (ni que sigui perquè no ens sancionin pel greu retard). En tot cas, no sembla –tret de modificació substancial– que configuri un marc estable i amb plena seguretat jurídica (si més no per a l'adquisició i el finançament de l'habitatge habitual pels consumidors, que convé recordar que són subjectes que estan protegits constitucionalment, a aquest efecte, arts. 47 i 51 CE 78). Desgraciadament, el PLCCI no configura res que sigui objecte d'un digne mèrit singular, sinó que, fins i tot, en allò relatiu als problemes derivats de la Directiva 93/13, sembla que hi hagi clars retrocessos respecte de la situació jurisprudencial actual (ja sigui pel que ha resolt el TJUE o el nostre TS). Aquests retrocessos es poden apreciar en els interessos de demora (art. 23 PLCCI) i, a més, s'avança poc respecte de l'acta notarial prèvia, ja que en si és una càrrega que s'imposa al consumidor (que no una obligació), ja que es deixa entreveure que es *pretén aconseguir tornar a l'execució sense oposició*, quan per la forma imperativa d'apreciació de l'abusivitat i la retroactivitat resulta ja impossible reconstruir una execució pretèrita i superada⁽⁴⁾. Finalment, la *presumpció contra el consumidor que no compa-regui* (al marge que podria fer-ho un i no un altre, o els deutors però no els fiadors, amb el problema que comporta l'execució) no és acceptable⁽⁵⁾. No cal ser endeví per intuir que acabarà en el TJUE, per imposar una càrrega i una presumpció que no poden comportar que el consumidor renunciï a la protecció màxima (encara que sigui per la seva inacti-



vitat), ni l'acta notarial prèvia pot evitar, per si mateixa, problemes d'ulterior abusivitat d'una clàusula, concretament les clàusules amb efectes diferits (com la clàusula sòl), derivats del canvi de circumstàncies i la "càrrega econòmica" consegüent que és imprevisible –entre el moment de la celebració (o que es fa la comprensió material o substantiva, ja que a partir d'aquest moment es pot conèixer i explicar) i el de la seva aplicació (a causa de les dècades que dura el préstec hipotecari)–, i, per tant, no hi ha cap seguretat que el que es pretén es pugui aconseguir⁽⁶⁾. Per si fos poc, s'ha de tenir en compte que subsisteix l'expressió manuscrita que, com reconeix la RDGRN de 20 de juliol de 2018, s'ha convertit en un model amb "fórmula ritual" i ens hem de preguntar si realment contribueix a la comprensió substantiva per part del consumidor o, de forma més encertada, es tracta d'una còpia literal d'un paràgraf⁽⁷⁾, ja que per reconèixer que se li explica per part del Notari ja consta en l'escriptura pública que signa i de la lectura íntegra que fa el Notari.

Tot en conjunt, és a dir, la informació precontractual del prestamista (FIPRE, o la que ja ha estat transposada, la FEIN, que s'exigeix expressament per la Directiva, bàsicament els considerants 40 a 45 i l'art. 14), l'acta prèvia i aquesta expressió manuscrita simultània (cap de les dues es preveu en la Directiva) i la lectura necessària del préstec deriven, totes sobreposades, en *sobreinformació*, que per si mateixa és una pràctica abusiva, ja que és onerosa

per al consumidor i va en contra de les previsions de la mateixa Directiva, art. 14.3 i 4 que, en sentit contrari –i justament per evitar la sobreinformació i el seu caràcter desincentivador pel que l'escolta o ha de llegir– disposa que: "*Los Estados miembros podrán disponer [no que sigui obligatori] que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de que se haga una oferta vinculante para el prestamista. Cuando un Estado miembro así lo disponga, exigirá que la FEIN solo deba volver (no que tinguí o que es reiteri) a facilitarse cuando se cumpla la condición indicada en el apartado 3, letra b)*". Per més que corris no plegaràs més aviat i per molta documentació que es faciliti al consumidor no significa que aquest tingui un coneixement clar i informat. Per tant, que es doni a la informació contractual del prestamista la importància que ja té i que exigeix la Directiva, però no afegeixin en contra de la Directiva –o almenys sense cap necessitat– actuacions més oneroses pel consumidor, sinó que el Notari comprovi la comprensió material o substantiva, amb un test a una actuació similar, en el moment que presti el seu consentiment informat, és a dir, quan s'autoritzi la constitució del préstec hipotecari i no abans, i tampoc, per ser impossible, no podrà ser després, sinó justament en el moment que es consenti el préstec hipotecari.

En tot cas, i al marge que a la tardor de 2018 segurament –amb la doctrina del mateix TJUE– se'n pugui sol·licitar l'aplicació

directa per manca manifesta de transposició (v., entre altres supòsits, pràctiques vinculades o combinades) certament –i el que és més greu– és que convindria donar una solució al que es preveu en l'art. 28, ja que si una cosa ha posat de manifest la crisi immobiliària és l'estrepitós fracàs de la realització de la hipoteca (i d'aquí ve la resta)⁽⁸⁾, per ser un procés llarg, car i ineficaç per extingir el deute i, a més, ja resulta impossible la tornada –d'una forma o una altra– al procediment d'execució sense contradicció (o només per causes tassades). També ajudaria a l'execució la supressió de traves (en el venciment anticipat només n'hi ha una que s'aplica que és l'impagament, no poder arrendar, etc.), perquè no hi hagi problemes d'execució, amb les directives europees i la jurisprudència del TJUE ja és història.

II.- Jurisprudència més rellevant del mateix TJUE que aquesta sentència ens recorda i regles que s'han de tenir presents per aplicar la Directiva 93/13

Abans de seguir endavant amb els aspectes que resol aquesta STJUE, de 7 d'agost de 2018, és convenient extreure el resum clar que fa de tota la Directiva 93/13 i de la jurisprudència que es desprèn, que es pot resumir en els punts següents:

Per si això que s'acaba de dir fos poc, el PLCCI sembla que pretengui resoldre problemes derivats de la Directiva 93/13 i de la reiterada jurisprudència del TJUE, que no transposar urgentment la Directiva 2014/17/UE (...). En tot cas, no sembla –tret de modificació substancial– que configuri un marc estable i amb plena seguretat jurídica.

1r- Presumpció de no-abusivitat de les normes positives, no solament es refereix a "*las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores*" (Cdo. 13 Directiva 93/13), sinó també, de conformitat amb l'apartat 2 de l'art. 1 Directiva 93/13, a "*las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes contratantes*



cuando no exista ningún otro acuerdo”, punt tercer de la STJUE, de 7 d'agost de 2018. Convé recordar que per a les que no són estrictament imperatives o prohibitives es requereix que no hi hagi acord i, per tant, no es pot substituir-lo si n'hi ha i es declara abusiu. En aquest sentit, el punt 42 de la STJUE diu literalment que: *“las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva”*; i, a més, per si no fos prou, en el punt 43 es fa referència a la interlocutòria de 7 de desembre de 2017, WoonhavenAntwerpen, C446/17, no publicat, EU:C:2017:954, apartats 25 i 26 i jurisprudència citada. El que resol el TJUE, si s'aprova definitivament l'art. 13 PLCCI, tindria afectacions en el nostre dret intern sobre la jurisprudència del límit dels dos punts en *els interessos de demora*, però seria suficient no dir res o transcriure'l literalment perquè s'apliqui la nova provisió de l'art. 13 PLCCI, que implica un retrocés per al consumidor.

2n- *Determinació de l'abusivitat* –art. 3, apartats 1 i 3 Directiva 93/13– no només requereix que no s'hagi negociat individualment, sinó que, a més, els pactes assolits *“contrariamente a las exigencias de la buena fe [contractual], causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato”*. A més, recorda que l'Annex de la Directiva 93/13 *“contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”*, i el nostre legislador ha optat pel sistema de llista negra, o clàusules que, pel seu contingut, sempre són abusives (cfr. arts. 85 a 90 TRLGDCU), sens perjudici que, a més, també es pugui acreditar l'existència d'altres clàusules, però en aquestes se n'haurà d'acreditar el caràcter abusiu, mentre que les que són declarades expressament abusives ja ho són per si mateixes. S'han de tenir presents els arts. 82 i 85.6 TRLGDCU a l'efecte hipotecari, amb la imposició d'una indemnització desproporcionadament alta al consumidor, com serien els interessos de demora que superaven el 15, 20 o fins i tot el 25%, triplicant o quintuplicant els interessos remuneratoris. I la seva moderació per les SSTs “de 22 d'abril i 7 i 8 de 2015 es va fer extensiva als contractes de préstecs hipotecaris, en virtut de les sentències 705/2015, de 23 de desembre, 79/2016, de 18 de febrer, i 364/2016, de 3 de juny”, que fa referència el punt 21.



Els elements determinants de l'apreciació i determinació de l'abusivitat es concreten en:

a) *Tracte lleial i equitatiu*, aquesta exigència de tractar el consumidor *d'una manera lleial i equitativa* es concreta en el punt 63 i s'esmenta expressament la “sentència de 14 de març de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartats 68, 69, 71 i 74”.

b) *Situació d'inferioritat en la capacitat de negociació i en el nivell d'informació*, d'aquesta manera se sanciona que el consumidor es troba *“en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información”* (sentència de 21 de desembre de 2016, Biuropodrózy «Partner», C119/15, EU:C:2016:987, apartat 28 i jurisprudència esmentada). És especialment rellevant la referència a la informació que tingui el consumidor en el moment de concloure el contracte, ja que disposar-ne és una obligació de l'entitat de crèdit, a causa de la seva activitat i professionalitat exigible i, al mateix temps, de posar-la gratuïtament a disposició del consumidor que és una exigència pròpia de la lleialtat contractual. Es tracta d'un pronunciament que afecta l'aplicació de la clàusula sòl, entre altres àmbits, i la rellevància que hauria tingut el fet d'haver informat sobre l'evolució dels tipus de referència per determinar-ne l'abusivitat que, en relació amb l'Euríbor, podria estar per sota de zero.

c) *Desequilibri important dels drets i de les obligacions contrari a la bona fe*. El punt 65 afirma literalment que queden prohibides les clàusules *“que, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”* (sentència de 21 de març de 2013, RWE Vertrieb, C92/11, EU:C:2013:180, apartat 42”).

d) *Conèixer-se en el moment de la celebració del contracte*. De conformitat amb l'art. 7 Directiva 93/13, juntament amb la no-negociació i el desequilibri per infringir la bona de contractual, s'exigeix tenir “en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo”, i totes les circumstàncies que concorrin en aquest moment, és a dir, en matèria d'informació i, per tant, de decisió.

e) *Impossibilitat de fixar uns criteris legals si exclouen la valoració del Jutge*, que és imprescindible, però sí que els pot fixar l'Autoritat Judicial (en el nostre dret intern el TS com a òrgan cassacional) en virtut de la seguretat jurídica (punt 68), ja que la valoració s'ha de fer d'acord amb les circumstàncies del cas concret, en aquest sentit la STJUE de 14 de març de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartat 71; i a més, el punt 67 precisa que la Directiva 93/13 “se opone a una normativa nacional que defina un criterio en el que deba basarse la apreciación del



carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando tal normativa impida al juez nacional que conoce de una cláusula que no responda a dicho criterio examinar el eventual carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, en su caso, declararla abusiva y dejarla sin aplicación”(en aquest sentit, vegeu, la sentència de 21 de gener de 2015, Unicaja Banco i Caixabank, C482/13, C484/13, C485/13 i C487/13, EU:C:2015:21, apartats 28 a 42).

f) *Apreciar l'abusivitat dels pactes contractuals és una qüestió d'ordre públic.* El punt 63 precisa que: “la cuestión de si una cláusula contractual debe declararse abusiva ha de asimilarse a una cuestión de orden público, incumbiendo al juez nacional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13” (en aquest sentit, vegeu les sentències de 14 de juny de 2012, Banc Espanyol de Crèdit, C618/10, EU:C:2012:349, apartat 44, i de 30 de maig de 2013, AsbeekBrusse i de Man-Garabito, C488/11, EU:C:2013:341, apartats 40, 41 i 44).

Els efectes de la declaració d'abusivitat es concreten en:

a) *Evitar-ne la reiteració.* En el punt 69 *in fine* es precisa que la finalitat de la Directiva 93/13 “no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y

las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores”.

b) *Impossibilitat de moderar-la.* O subsisteix o s'expulsa, però no es pot moderar. El punt 73 estableix que Jutge nacional “está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible” (sentència de 26 de gener de 2017, BancPrimus, C421/14, EU:C:2017:60, apartat 71 i jurisprudència citada).

c) *Possibilitat que el contracte subsisteixi sense la clàusula declarada abusiva.* El punt 75 estableix que la finalitat de la Directiva 93/13 és “proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión”(en aquest sentit, vegeu les sentències de 30 de maig de 2013, Jörs, C397/11, EU:C:2013:340, apartat 46, i de 31 de maig de 2018, Sziber, C483/16, EU:C:2018:367, apartat 32).

d) *Impossibilitat d'integració del contracte respecte la clàusula declarada abusiva.* El punt 78 estableix que el Jutge nacional l'expulsarà “sin poder sustituir la cláusula abusiva por disposiciones legales supletorias ni modificar la cláusula en cuestión, y mantenga al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato”.

e) *No vinculació de les clàusules abusives i subsistència del contracte.* L'art. 6, apartat 1 estableix la necessitat que l'Ordenament intern disposi que “el contrato [celebrat entre un professional i un consumidor] siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas [fet que òbviament succeeix en la clàusula sòl o en el venciment anticipat]”.

3r- *Existència d'un control per part del legislador intern, a través de l'existència de “medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”, art. 7, apartat. 1.* Fins i tot pot adoptar disposicions més estrictes, en tractar-se d'una directiva de mínims.

4t- *Plantejar una qüestió prejudicial és una tasca que correspon al Jutge nacional.* El punt 50 precisa que: “corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la resolución jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales que plantea al Tribunal de Justicia. Cuando las cuestiones prejudiciales se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse” (sentència de 20 de setembre de 2017, Andriuc i altres, C186/16, EU:C:2017:703, apartat 19 i jurisprudència esmentada). El punt 51 exclou la possibilitat quan la qüestió prejudicial “no guardan relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema es de naturaleza hipotética” (en aquest sentit, vegeu la sentència de 20 de setembre de 2017, Andriuc i altres, C186/16, EU:C:2017:703, apartat 20 i jurisprudència citada).

5è.- *Interpretar el dret intern correspon, exclusivament, als tribunals interns.* Així ho sanciona expressament la mateixa STJUE en el punt 57 quan afirma que: “el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho interno de un Estado miembro” (sentència de 16 de febrer de 2017, AgroForeignTrade&Agency, C507/15, EU:C:2017:129,



apartat 23 i jurisprudència esmentada). Però en el punt 59 també matisa que la jurisprudència del TS sí que té *"carácter vinculante para los tribunales inferiores españoles, en el sentido de que estos tribunales se vean obligados, si no quieren ser censurados en casación, a declarar abusivas las cláusulas de este tipo"*, que no deixa de ser –almenys a efectes del dret de la Unió– una forma específica de valorar la jurisprudència.

III.- Marxa enrere en els interessos de demora en el PLCCI, i desafortunades previsions en altres aspectes rellevants, com el venciment anticipat

Aquesta STJUE, de 7 d'agost de 2018 – amb cita expressa de les SSTs "265/2015, de 22 d'abril, 470/2015, de 7 de setembre, i 469/2015, de 8 de setembre", que "es va fer extensiva als contractes de préstecs hipotecaris en virtut de les sentències 705/2015, de 23 de desembre, 79/2016, de 18 de febrer, i 364/2016, de 3 de juny " –ha admès que la nul·litat, per abusius, dels interessos de demora no implica que no puguin seguir meritant, i reclamant, els interessos remuneratoris⁽⁹⁾; per cert, interessos remuneratoris que a dia d'avui –en la generalitat dels préstecs hipotecaris– són més baixos que els interessos legals dels diners que resultarien de l'art. 1108 CC, d'altra banda inaplicable en no donar-se ni tan sols el seu supòsit de fet, que és no haver-se pactat, vegem la diferència que hi ha entre l'inexistent (que és el que preveu l'art. 1108 CC, la manca de pacte) i el nul (pactat però sense validesa).

No ha de ser difícil resoldre en relació amb les despeses -notarials, registrals, de gestió i de taxació (aquí cal tenir present la reforma feta per l'art. 5 Llei 41/2007 en l'art. 3 bis len la Llei 2/1981, de 25 de març)-; però convé ressaltar que algunes de les solucions doctrinals ofertes presenten clares distorsions del que és un préstec hipotecari.

Al venciment anticipat (art. 22 PLCCI)⁽¹⁰⁾, amb còpia de solucions foranes no és excessiu el que s'avança i que fins i tot pot crear confusió, no el percentatge que diu ser clarament sobre el capital concedit (per la qual cosa serà irrellevant el que es degui); però



sí que pot crear confusió el termini, si hi ha hagut amortitzacions parcials amb aplicació al venciment en lloc de a la quota, tot i que, en tot cas, diu durada, i això és el que encara queda, no pel que es va concedir.

En la clàusula sòl no s'avança res, potser per considerar-la vàlida sense més per la validesa intrínseca altament discutible que li va donar la ja esmentada STS 241/2013 de 9 de maig⁽¹¹⁾, quan després amb una construcció jurisprudencial pròpia s'han anul·lat pràcticament una per una les clàusules sòl⁽¹²⁾, en la qual cosa, sens dubte, influeix el temps en què es van contractar i solemnitzar.

Finalment, no ha de ser difícil resoldre en relació amb les despeses –notarials, registrals, de gestió i de taxació (aquí cal tenir present la reforma feta per l'art. 5 Llei 41/2007 en l'art. 3 bis len la Llei 2/1981, de 25 de març)⁽¹³⁾–; però convé ressaltar que algunes de les solucions doctrinals ofertes presenten clares distorsions del que és un préstec hipotecari; així, és cert que la hipoteca és accessòria, però és igualment cert que per ser préstec hipotecari subjecte a la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari (LMH), ia la qual estan subjectes tots els que concedeixen les entitats de crèdit, es requereix ser primera hipoteca sobre el ple domini i estar inscrita al Registre de la Propietat (*cfr.*, a l'efecte, art. 5, primer paràgraf LMH); a més, acudir a la distinció entre matriu i còpia autoritzada resulta xocant a aquest efecte, ja que sense

còpia autoritzada no es pot inscriure (art. 3 LH), i sense inscripció no hi ha préstec hipotecari, juntament amb el fet que no es demana, ni es concedeix un préstec (i després s'afegeix una hipoteca), sinó que sempre es tracta d'un préstec hipotecari, i per ser-ho, amb tots els seus efectes, en particular el de realització dinerària, *cfr.* art. 130 LH, aquest requereix estar inscrit; no es pot oblidar que el préstec hipotecari concedit d'acord amb la legislació del mercat hipotecari té un règim jurídic propi⁽¹⁴⁾, que no és el mateix que el préstec hipotecari entre particulars o professionals, ni quan no és Entitat de crèdit la creditora. Aquesta subjecció a la legislació del mercat hipotecari té importància transcendental en matèria de cessió dels crèdits (com es veurà), en què també resulta d'interès la Llei 41/2007, n'hi ha prou de consultar el canvi d'interpretació oferta –i expressament reconeguda– per la RDGRN de 14 de maig de 2015⁽¹⁵⁾.

IV.- Cessió de crèdits hipotecaris: no queda resolta la possible abusivitat de la clàusula de renúncia a la notificació, omnipresent en els préstecs hipotecaris d'entitats de crèdit, quan la cessió suposa un canvi de règim jurídic

Pel que fa al que s'ha resolt sobre la cessió de crèdits, encara que aquí em referiré en exclusiva als crèdits hipotecaris, entenc que no resol definitivament ni per a tots els possibles intervinents, en particular els fidadors,



els problemes que deriven de la cessió de crèdits hipotecaris, sobretot pel que fa a la clàusula –i, a més, condició general predisposada per l'entitat de crèdit– de renúncia a la notificació en el cas de cessió del crèdit hipotecari per l'entitat de crèdit⁽¹⁶⁾, ja que queda subjecta a la legislació del mercat hipotecari, cosa que no requereix una menció expressa, sinó que resulta d'acollir-se a una operativa que només és possible si s'està subjecte a aquest règim jurídic de l'LMH.

No queda resolt el problema de la cessió de crèdits hipotecaris, atès que ni les afirmacions de l'advocat general són –amb caràcter general– exactes i completes⁽¹⁷⁾, ni el que resol la STJUE de 7 d'agost de 2018 ho és tampoc⁽¹⁸⁾, ja que se centra en exclusiva en el que és la pràctica empresarial, però no tracta –és cert que perquè tampoc no se li va plantejar– què succeiria si el que es cedeix és un crèdit hipotecari (amb clàusula genèrica de renúncia a la notificació) i el que passa és que sí que canvia el règim jurídic que està determinat per raó del creditor (en concret si s'és o no una entitat de crèdit), ja que en aquest darrer cas i encara que les obligacions del deutor hipotecari puguin subsistir exactes (cosa que pot ser discutible), la relació creditícia no només s'integra d'obligacions, atès que també té el deutor hipotecari –en els préstecs subjectes al mercat hipotecari, que ho són pràcticament tots, ja que tenen una entitat de crèdit com a creditora– drets concrets (si més no *in abstracto*). Però és que no s'acaba

aquí la cosa, ja que, precisament si és l'un o l'altre el creditor creditici, sí que canvia el règim jurídic, no és el mateix que ho sigui una entitat de crèdit que “un fons voltor”, així resulta que només les entitats de crèdit poden acollir-se a la legislació del mercat hipotecari (art. 2 LMH), i només se'ls pot aplicar a elles la regulació de novacions i subrogacions hipotecàries (Llei 2/1994, de 30 de març, sobre subrogació i modificació dels préstecs hipotecaris, modificada substancialment per la Llei 41/2007, amb la possibilitat de novacions –termini, tipus d'interès, etc.– amb unes condicions fiscals beneficioses).

A això s'ha d'afegir que no es tracta tant d'aplicar o no l'art. 1535 CC, l'aplicació del qual ja d'altra banda apareix forçada, sinó a com incideix respecte de deutors hipotecaris i fiadors la cessió d'un crèdit hipotecari, ja que és una novació subjectiva del creditor. La discussió, per tant, s'hauria de centrar en l'àmbit de la novació subjectiva i la regulació que ja fa més d'un segle el CC dedica a aquesta, ja que, no en va, es tracta de relacions jurídiques incompatibles entre elles, és a dir l'existent amb l'entitat de crèdit i la que es passa a tenir amb el “fons voltor”, i són incompatibles pel seu règim jurídic diferent, com es despèn del fet que passin d'estar subjectes a la legislació del mercat hipotecari i a les novacions i subrogacions al règim ordinari després de la cessió a un “fons voltor”, fet que implica –al meu parer– la necessitat de notificació⁽¹⁹⁾, ja que la renúncia no es

pot estendre a qualsevol canvi de subjecte creditor (com la cessió un “fons voltor”), sinó a ser únicament aplicable a quan no canvia la relació jurídica, com en el cas de fusió entre entitats de crèdit. A més, per al deutor poden subsistir les mateixes obligacions, però no els mateixos drets (el que ja de per si produeix un desequilibri jurídic manifest, apartat 46), a l'efecte, només cal pensar en la possibilitat d'enervar l'execució hipotecària, de conformitat amb l'apartat 3 de l'article 693 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, després de la modificació feta per la DA 3a Llei 41/2007, i, en tot cas, en la pràctica se li imposen oneroses càrregues, com la no-intranscendent de saber on i qui pagarà, tot o part, cosa que sí que genera una minva de garanties per al deutor (apartat 47 *in fine*).

Si ja el canvi de règim jurídic és transcendent no ho és menys que la cessió sigui per un *preu irrisori*⁽²⁰⁾, ja que això ens portaria directament a la manca de causa, cosa que en el nostre Dret intern implicaria la nul·litat de la cessió, atès que la causa és l'element essencial en tot contracte (art. 1262 CC), i la seva manca en produeix la nul·litat, art. 1275 CC.

Convindrà, doncs, delimitar molt clarament el que són cessió de préstecs o crèdits personals, del que són cessions de crèdits hipotecaris, que fins i tot per a la prescripció en la seva reclamació tenen tractament propi, a l'efecte, art. 1964 CC (i SSTs de 8 de novembre de 1960 27 de maig de 2002 i 10 de desembre de 2007). Prescripció també rellevant quan el que s'exerceix no és l'acció hipotecària –subjecta als 20 anys–, sinó una acció personal, com seria el judici ordinari de reclamació de deute, ja que aquí serien els cinc anys del vigent art. 1964.2 primer paràgraf CC.

Per als fiadors el canvi de règim jurídic és transcendental, ja que refermen undeute concret i davant un creditor concret i, per descomptat, després de la cessió neix –per incompatibilitat amb l'anterior– una nova relació jurídica (pel canvi de règim jurídic), amb uns drets diferents, i, en raó d'això, és d'aplicació l'art. 1204 CC, que extingeix l'antiga relació jurídica (afirmada) per néixer-ne una de nova, conseqüència de la incompatibilitat de règim jurídic de les dues (com s'ha exposat). Per això, no és que desaparegui l'obligació de pagament del deutor, sinó que la nova forma de pagament i davant un nou creditor fa que neixi una nova



relació jurídica, i d'acord amb aquesta (si no incideixen altres vicissituds jurídiques, que ja s'ha dit que sí que es poden donar per raó del preu irrisori, com la nul·litat de la cessió) haurà de satisfer que el es deu, però per al creditor actuarà l'art. 1207 CC, d'acord amb el qual, extingida l'obligació principal, i aquí ho està per raó de la nova que sorgeix davant el "fons voltor", no podrà subsistir l'obligació accessòria que és la fiança, ni la hipoteca del no-deutor, ja que l'obligació garantida era una altra i, per descomptat, el "fons voltor" no és aquest tercer, previst pel mateix art. 1207 CC.

IV.- Conclusions

Queda resolt que declarats abusius els interessos de demora quedin subsistents els interessos remuneratoris, encara que un sector doctrinal destacat ho considerava inadmissible, per entendre que era un supòsit d'integració de clàusula abusiva, no admès per la Directiva 93/13, ni per la qual entenien que era la interpretació que en fa la jurisprudència del TJUE.

Queda pendent de resoldre, no obstant el pronunciament sobre la cessió de crèdits, el que és el supòsit habitual de renúncia a la notificació pels consumidors, ja que es tractaria de plantejar –en no coincidir amb el que s'ha plantejat i resolt– pel jutge nacional si, efectivament, és abusiva la clàusula, i condició general predisposada per les entitats de crèdit, de la renúncia a la notificació en el cas de cessió del crèdit hipotecari, que, quan és a "un fons voltor" per una entitat de crèdit sí que suposa un canvi del règim jurídic en deixar de ser-hi aplicable la legislació del mercat hipotecari, en ser inherent a les entitats de crèdit i no als "fons voltor". I aquesta manca de notificació sí que sembla abusiva, i no té res a veure amb l'art. 1535 CC, ja que implica un canvi de règim jurídic; una altra cosa seria –i res a objectar a la manca de notificació– quan és una fusió bancària, ja que aquí el règim sí que segueix sent el mateix, i hi ha una successió universal.

Queda en situació molt problemàtica –fins i tot encara que es doni la presumpció de legalitat de les disposicions nacionals– la nova regulació dels interessos de demora; i, en tot cas, amb la seva nova regulació suposa un retrocés manifest per al consumidor, a més de tracte desigual –sense cap justificació i menys quan hi ha garantia hipotecària– davant el préstec personal (en el qual seguirà el límit dels dos punts).

Queda pendent de desenvolupament l'art. 28 de la Directiva que es transposa, ja que precisament la manca d'eficàcia del procediment d'execució és el que ha donat lloc a la clara manca de seguretat jurídica en la seva execució, encara que en tot cas –i qualsevol remei que es pretengui *ex ante*– no podrà evitar que puguin sorgir supòsits d'abusivitat en les clàusules d'efecte retardat, en haver-ho de fer de conformitat amb les circumstàncies i la informació en el moment de celebrar el contracte.

Queda pendent de resoldre, no obstant el pronunciament sobre la cessió de crèdits, el que és el supòsit habitual de renúncia a la notificació pels consumidors, ja que es tractaria de plantejar -en no coincidir amb el que s'ha plantejat i resolt- pel jutge nacional si, efectivament, és abusiva la clàusula.

Queda, doncs, encara molt compromès –amb la redacció actual de l'PLCCI–, l'existència d'un marc estable en la concessió i, si és el cas, l'execució dels préstecs hipotecaris, ja que fins i tot no es respecta el ja resolt pel TJUE i pel nostre TS, la resta és abonar-se a la reiteració –d'altra banda obligatòria per al jutge nacional– de seguir plantejant qüestions prejudicials sobre casos concrets.

(1) A l'efecte conèixer les diverses esmenes per acudir a l'enllaç del Congrés dels Diputats http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-3.PDF

(2) Com a conseqüència del plantejament d'una qüestió prejudicial per La secc. 3a de l'AP Castelló, resolta per STJUE, de 17 de juliol de 2014, sobre l'assumpte C-169/14, per la nova redacció que la Llei 1/2013 donava a l'art. 695,4 LEC, es va haver de tornar a modificar pel RDL 11/2014, de 5 de setembre, i, finalment, Llei 9/2015.

(3) La distinció entre contracte real i consensual, que certament s'ha diluït en múltiples ocasions, encara subsisteix i en aquest sentit encara es preveu en la reforma recent del Code francès, nou art. 1109, després de la reforma realitzada per 1er octobre 2016, Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

(4) N'hi ha prou a acudir a les SSTJUE Aziz i Gutiérrez Naranjo, STJUE (Sala 1a) de 14 de març de 2013 i STJUE (Gran Sala) de 21 de desembre de 2016.

(5) V., a l'efecte, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, ressenya d'ARROYO AMAYUELAS, Esther/ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (dirs.): *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 145 pàg., en concret, pàg. 161, sens perjudici de com que sembla l'adequat, i així literalment ho afirma: "El control notarial en esta fase final me parece muy positivo", el problema estará en la forma y vía como se haga, no sea que se logre poco y se entorpezca mucho".

(6) Tampoc no es pot passar per alt, com afirma aquesta STJUE, de 7 d'agost de 2018, que no és suficient la seva modulació, sinó que s'han d'expulsar i, com que s'han executat centenars de préstecs hipotecaris sense problemes i amb idèntica redacció, només podria ser l'Autoritat Judicial, com així ha estat, la que en declarés l'abusivitat, ja que una altra cosa és que s'oposin frontalment a una norma imperativa (com establirà el nou art. 84 TRLGDCU si persisteix la seva redacció). Ara també queda clar que, després de la STJUE, assumpte Aziz, es poden apreciar d'ofici en qualsevol fase del procediment d'execució, fins i tot quan ja és procedent el llançament del deutor del seu habitatge habitual.

(7) Per destacar la importància d'aquesta transcripció manuscrita és transcendent –per ressaltar que, com a regla general i menys de forma imperativa, transcriure no és comprendre– la STS d'11 d'abril de 2018 (ECLE:ES:TS:2018:1238), que també es refereix al PLCCI. Un text habitual manuscrit disposa el següent: *Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual. / Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el art. 13.2.d) del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuando, bajo la rúbrica «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material», establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio: / «La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.»* [A més, com estableix la jurisprudència del TJUE, ressalta que:] *9.El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte que el juicio de transparencia en cada caso ha de realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes. Las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a*



la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban. Razón por la cual la valoración jurídica que al respecto lleva a cabo la Audiencia en la sentencia recurrida no es correcta e infringe las normas relativas a la eficacia de la transacción.”, no sembla que sigui la millor forma de manifestar que un consumidor ho ha entès –i menys les seves característiques jurídiques i econòmiques, que, d'altra banda, són imprevisibles, i d'aquí es desprèn que puguin acabar sent abusives.

(8) Convé no oblidar que hi ha hagut altres propostes per a la realització de la hipoteca (no la judicial o notarial, com més o menys tràmits i efectes similars, singularment en el cas del llançament o desnonament) concretament en el dret francès, i no reformant la seva legislació processal, sinó dins les garanties trobem el pacte comissori (article 2458. Modificat per Loi n°2007-212 du 20 février 2007 – art. 10 (V) JORF 21 février 2007– certament no pel cas de l'habitatge habitual, encara que és el que més ha censurat la seva doctrina més autoritzada, en aquest sentit Ph. DELEBECQUE, “Le régime des hypothèques”, *La Semaine juridique – Édition Notariale et Immobilière*, n. 19, 12 de maig de 2006, pàg. 943); al qual em vaig referir més àmpliament a SERRANO DE NICOLÁS, Àngel, “La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficientesubasta hipotecaria (judicial o notarial)”, *El notario del siglo XXI*, n. 21, 2008, pàg. 130-135 <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1872-la-admision-del-pacto-comisorio-como-alternativa-a-la-ineficiente-subasta-hipotecaria-judicial-o-notarial-0-3072183535501532>

(9) Així ho vaig defensar inicialment a SERRANO DE NICOLÁS, À., “Crisis hipotecaria: Una crónica de la muerte anunciada de la hipoteca inmobiliaria como derecho de realización de valor, en su actual configuración”, dins Col·legi de Notaris de Catalunya, *Estudios en homenaje a José Luis Mezquita del Cacho*, Madrid [et al.], Col·legi de Notaris de Catalunya-Marcial Pons, 2013, pàg. 219-220; després a SERRANO DE NICOLÁS, À., “La sentència de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unió Europea de 14 de març de 2013 (Assumpte C-415-11, M.A. versus Catalunya Caixa): La seva ona expansiva en el nostre sistema hipotecari actual”, *Revista Catalana de Dret Privat*, n. 14, 2014, pàg. 130-131; de forma més extensa a SERRANO DE NICOLÁS, À., “Interessos de demora i altres possibles clàusules abusives: impossibilitat de moderar-los si són declarats abusius”, *Revista catalana de dret privat*, vol. 2, 2015, pàg. 153-155; i, finalment, a SERRANO DE NICOLÁS, À., “Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, a E. Arroyo y À. Serrano (dirs.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid [et al.], M. Pons,

2016, pàg. 124-124 (accessible a: http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/publicacions/La%20europeizacion%20del%20Derecho%20privado.pdf).

(10) En l'Exposició de Motius de la qual diu que: “la nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo y de los intereses de demora, sustituyendo el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo. Así, mediante el nuevo régimen del vencimiento anticipado se garantiza que este solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado”, ara es canvia l'autonomia de la voluntat per un règim imperatiu, en què és el legislador el qui determina què es “suficientemente significativo”.

(11) A més que sigui o no abusiva, el que sí és el “zero” –una de les seves diverses manifestacions– és clàusula sòl, *vid.*, a l'efecte, RDGRN de 8 octubre de 2015 (per a quan no es beneficiï dels interessos per sota de zero) i RDGRN 20 de juliol de 2018 (per al qual encara que restinno es cobraran interessos, i GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, “Comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2017, pàg. 433-437), exigeix distingir entre el que és tipus de referència i marge o diferencial (de la seva suma –que òbviament podria donar un resultat negatiu– resultarà l'interès a pagar i, sens dubte, molt hauria de baixar-el tipus de referència– perquè sigui negatiu o menys de zero l'interès a pagar un cop addicionat el diferencial), al costat d'això no pot ser pràctica comercial actuar a pèrdues (ni tan sols en les quotes inicials, reduint l'efecte la fase inicial per a la revisió del tipus d'interès); a més, el marge o diferencial, entre altres coses, cosa que justifica que pugui ser més o menys gran per a un o altre consumidor o per a una o altra entitat de crèdit, seran tant les condicions econòmiques i personals del consumidor com la major o menor eficiència de la mateixa entitat de crèdit; i, al costat d'això, no cal oblidar que en el nostre sistema hi ha l'art. 1255 CC, que no admet els pactes contra l'ordre públic, sigui jurídic o econòmic (al qual m'he referit a SERRANO DE NICOLÁS, À., “Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE”, dins I. Sánchez Ruiz de Valdivia i M. Olmedo Cardenete (dirs.), *Presente y futuro del Mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y Empresarios/as*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015, pàg. 320-325); i, per descomptat, semblaria que establir com a mínim el diferencial, menyspreant que l'interès de referència (ara per ara l'Euribor) pugui ser negatiu, sí que aniria contra

l'ordre públic econòmic, perquè ja pot estar per sota de zero l'Euribor–per fomentar l'economia– que el consumidor sempre pagarà el diferencial si més no, una altra cosa seria que fins i tot el diferencial més el tipus de referència o Euribor pogués ser negatiu (cosa bastant improbable, fins i tot amb els minsos diferencials que es van concedir en alguna època, de només el 0,30% i de forma àmplia i publicitada el 0,50% o 0,75%), però és que fins i tot en aquest cas l'entitat de crèdit no hauria de pagar interessos, ja que la quota no és sinó capital més interessos, i si aquests fossin negatius el que resultaria és una quota inferior, juntament amb el fet que la retribució del capital no ha de ser en cada quota, sinó al llarg de l'àmplia durada del préstec, en aquest sentit, el meu editorial de *La Notaría*, SERRANO DE NICOLÁS, À., “La inaplazable regulación de la ejecución del préstamo hipotecario y, de paso, toda su íntegra regulación, incluso los ‘intereses’ negativos”, *La Notaría*, n. 3, 2015, pàg. 3-4; i RDGRN de 8 de octubre de 2015 i, més recentment, la ja esmentada RDGRN de 20 de juliol de 2018.

(12) Com també cal destacar que la solució de la jurisprudència del nostre Tribunal Suprem ha estat ressaltada, com a singular i, per descomptat, diferent de l'alemanya de la transparència, per la doctrina italiana, així se li dedica un apartat específic –per PAGLIANTINI– sota el títol de “La vicenda delle clausulas suelo secondo il canone del Tribunal Supremo spagnolo: la ‘mancanza di trasparenza’ come requisito sufficiente di vessatorietà della clausola”, din l'obra D'AMICO, G. i PAGLIANTINI, S. *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torí, Giapichelli, 2018, pàg. 89-97.

(13) El problema del pagament de l'impost d'actes jurídics documentats ja està resolt per la STS, Sala 1a, núm. 147/2018, de 15 de març de 2018; i, d'altra banda, encara podrien presentar problemes la comissió d'obertura, i, en general, totes les comissions fixades a forfait (si tenen escassa proporció l'activitat a realitzar amb la quantitat a cobrar), ja que, com a tals comissions, que no interessos (al marge de la seva intervenció per calcular la TAE), han de respondre a una activitat i despesa concreta.

(14) A l'efecte, SERRANO DE NICOLÁS, À., “Incumplimiento y ejecución: Opciones extrajudiciales eficientes”, dins E. LaurobaLacasa (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pàg. 341-348.

(15) Per aquestes i altres qüestions relacionades em remeto a SERRANO DE NICOLÁS, À., “Reforma hipotecaria (y iii). Renegociación y refinanciación de préstamos y créditos hipotecarios”, *Iuris-Actualidad y práctica del Derecho* n. 131, octubre 2008, pàg. 35-38,



encara que la mateixa literalitat de la nova regulació ja oferia la solució que trigà vuit anys a reconèixer-se, i, en essència, quan havia passat el pitjor de la crisi.

(16) En aquest sentit aquesta STJUE de 7 d'agost de 2018, punt 39, recorda com ja l'Advocat General va posar de "relieve en el apartado 43 de sus conclusiones, [que] resulta claramente del tenor literal del artículo 1, apartado 1, y del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como de la concepción general de la misma, que la Directiva se aplica únicamente a las cláusulas contractuales, y no a las meras prácticas"; i en efecte, en tots els préstecs hipotecaris el que hi ha com a condició general és una clàusula de renúncia a la notificació en el cas de cessió, i l'abusivitat o no d'aquesta clàusula no queda resolta amb aquest pronunciament, ja que resulta indiscutible que s'ha d'admetre la cessió de crèdits, cosa que pot plantejar l'abusivitat és la clàusula, que sí que existeix en els contractes de préstec hipotecari, i la seva rellevància per a deutors i fidors, amb la cessió per aplicar-se un nou règim jurídic, que ja no és sota el qual es va contractar, perquè ja no és ja aplicable tota la regulació del mercat hipotecar.

(17) Així s'afirma: "46. En este contexto, considero también importante destacar que la cesión de crédito controvertida en el presente asunto no modifica en absoluto el contenido y el alcance de las obligaciones del deudor consumidor [no és precisament una afirmació exacta quan és un préstec hipotecari d'una entitat de crèdit, i no ho és ja que el ser o no creditora una entitat de crèdit és el determinant d'estar o no subjecte al règim jurídic del mercat hipotecari, amb la seva possible subrogació o novació, si més no in abstracto, una altra cosa és que es faci o no, però el règim jurídic i, per això, el contingut sí que queden alterats, atès que ja no podrà aplicar-se en tot el que sigui creditora una de les entitats o "fons voltor"]. Tal cesión, que se produce mediante un contrato entre el profesional cedente y un tercero —contrato del que el consumidor no es parte—, no puede, tal como exige el artículo 3 de la Directiva 93/13, causar en detrimento de ese consumidor un desequilibrio importante

entre los derechos y obligaciones de las partes [i sí que causa detriment en no poder-se aplicar ja, per deixar de ser creditora l'entitat de crèdit, la normativa específica del mercat hipotecari]. / 47. Parece, además, bastante evidente que tal práctica de cesión de crédito, que es una posibilidad bien conocida en el Derecho civil de los Estados miembros, no puede asimilarse a las cláusulas contractuales mencionadas en el anexo relativo a las «cláusulas contempladas en el apartado 3, letra f), del artículo 3 de la Directiva 93/13», concretamente a las que tengan en particular por objeto o efecto «autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente». La cesión de crédito controvertida en el litigio principal es, por otra parte, claramente distinta de las cláusulas mencionadas en la letra p) de ese mismo anexo, ya que no puede «generar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste» [en les cessions de crèdits hipotecaris sí que les causa, com ja s'ha dit, en no poder-se'ls aplicar la legislació del mercat hipotecari]. En efecto, la cesión de crédito tiene un efecto neutro para el deudor [cosa que en la cessió del crèdit hipotecari del que s'ha dit resulta que no és neutre, per la diferent legislació aplicable segons sigui o no creditora una entitat de crèdit]. El hecho, mencionado por el órgano jurisdiccional remitente, de que la cesión se haya hecho a favor de un «fondo buitre», que actúa con fines especulativos, por un precio muy inferior, o incluso irrisorio [això, encara en l'ordre intern, sí que podria suposar manca de causa i, per tant, la nul·litat de la cessió, cfr. arts. 1262 i 1275 CC], respecto del importe del crédito inicial carece de incidencia sobre la propia naturaleza de la obligación contractual que recae sobre el consumidor".

(18) Així ho afirma en el punt 41 que "al no existir ninguna cláusula contractual relativa a este punto, la Directiva 93/13 no se aplica a las prácticas a que se refieren las letras a) y b) de la primera cuestión prejudicial en el asunto C-96/16", aquesta afirmació és completament inexacta si es trasllada a la cessió de préstecs hipotecaris subjectes a la legislació del mercat hipotecari, que sí que contenen clàusula general de renúncia a

la notificació, i és obvi que no és el mateix que segueixin sent creditors una entitat de crèdit que un dels anomenats "fons voltor", no pel seu més o menys rigor a exigir el pagament, sinó perquè senzillament el canvi de creditor suposa el canvi de règim jurídic, en sortir després de la cessió el préstec hipotecari de l'àmbit de la legislació del mercat hipotecari, que inclou també la Llei 41/2007, i les seves previsions amb vista a la novació i la subrogació hipotecària.

(19) A Catalunya cal tenir en compte l'article 569-28 CCCat –redactat per la Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè– que literalment estableix que: "Article 569-28. Obligacions garantides per una hipoteca. 1. Es pot constituir una hipoteca en garantia de totes les classes d'obligacions, d'acord amb el que estableix la legislació hipotecària i amb el que, per a cada cas, disposa la subsecció segona. 2. El titular d'un crèdit o préstec hipotecari que transmet el seu dret ho ha de notificar fefaentment al deutor i, si escau, al titular registral del bé hipotecat, com a pressupòsit per a la legitimació del cessionari, i ha d'indicar el preu convingut o el valor que es dona al dret i les condicions essencials de la cessió. La renúncia del deutor a la notificació en qualsevol moment és nul·la."; tot i que la la DT 7ª disposa que: "La modificació de l'article 569-28 no és aplicable a les cessions de crèdits o préstecs hipotecaris que hagin tingut lloc abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei."

(20) Convé recordar que fins i tot en la reforma francesa del seu dret d'obligacions de 2016 ja esmentada, en què formalment desapareix la causa, a la qual cosa m'he referit a SERRANO DE NICOLÁS, Á., "Reforma de la teoría general de los contratos y del Derecho de Obligaciones en Francia", La Notaría, n. 1, 2016, pàg. 123; la seva doctrina més recent i autoritzada, per tots, D. MAZEUD, "Observations conclusives", en Réforme du Droit des Contrats: quelles innovations?, Revue des Contrats, 2016, pàg. 53-54, entre els exemples que cita de possible control de la licitud del contracte, i de la seva nul·litat conseqüent, hi ha el supòsit del preu irrisori.

Una Lei per al meu amic, si us plau

Leticia Ballester Azpitarte
Notari de Torredembarra

Fins ara no ha suscitat gaire interès professional la introducció del Codi LEI, més enllà de remetre als titulars de persones jurídiques que cotitzen en mercats regulats al Registre Mercantil corresponent, per tal d'omplir l'imprès normalitzat per obtenir-lo. El Codi LEI –*Legal Entity Identifier*– és obligatori des del 3 de gener de 2018 per a tota entitat legal que vulgui operar en productes de renda variable (una acció del Santander) o fixa (un bo de l'Estat o d'Iberdrola), com ja ho era des de novembre de 2017 per operar en derivats (productes que canvien d'interès variable a fix) i assegurances de canvi (SWAP, warrants, etc.). Aquest codi alfanumèric de 20 dígit serveix per a identificar arreu del món tota entitat jurídica que sigui part contractant d'una transacció financera i es pot obtenir a través del Registre Mercantil mitjançant el pagament d'una taxa de 100 euros més IVA. El codi cadau i ha de ser objecte de renovació anual mitjançant el pagament d'una taxa de 50 euros més IVA.

Segons el web del Banc d'Espanya (www.bde.es), el Codi LEI neix com a projecte del G-20 per avaluar les interdependències existents en els mercats financers globals (el que es coneix com a risc sistèmic) evidenciats després de la crisi de Lehman-Brothers. Si tota societat –o persona jurídica en general– que vol comprar o vendre



accions o deute necessita un identificador únic, es pot conèixer quines entitats tenen quins valors, cosa que obre tot un ventall de possibilitats en matèria d'avaluació de riscos i permet saber, per exemple, si una entitat bancària fa fallida, qui té els seus valors i, per tant, a qui afecta o qui es pot veure arrossegat per aquesta insolvència. La justificació última de la seva implantació, per tant, seria la transparència dels mercats financers (i no, com podria semblar inicialment, la lluita contra el blanqueig de

capitals), dotant al Codi LEI ia la informació associada a aquest un dels seus trets fonamentals –la vocació de bé públic–, cosa que en determina al seu torn l'obligatorietat i el lliure accés (aquesta informació no està subjecta a restriccions de confidencialitat, i es pot consultar al web del Ministeri de Justícia creat en aquest sentit o al web de la Fundació Global LEI, amb seu a Suïssa, si s'ha emès fora d'Espanya), però no, com dèiem al principi, la seva gratuïtat.

Després de la delegació efectuada per la DA2a del Reial decret llei 14/2013, de 29 de novembre, als registres mercantils, els interessats han de presentar una sol·licitud amb les dades bàsiques de l'entitat, com ara el nom oficial, el domicili legal i real de la seu principal de l'entitat, el país o la regió de jurisdicció legal, la forma social, el número al Registre d'entitats i el nom del Registre, la data de registre inicial del LEI o de la darrera actualització de dades. També s'exigeixen, segons el web públic del Ministeri de Justícia (www.justicia.lei.registradores.org), les dades de la persona de contacte i representant legal, i acreditar si actua directament en representació de la seva entitat o si formula la sol·licitud en interès d'una altra, en virtut de mandat exprés. Ara bé, això podria canviar després de la Resolució d'11 d'abril de 2017 per la qual es resol la consulta formulada pel Degà del Col·legi de Registradors de la Propietat i Mercantils d'Espanya sobre diverses qüestions relatives a la gestió de l'anomenat Codi Identificador d'Entitats Jurídiques (Codi LEI), que estableix el significat i l'àmbit de la sol·licitud en interès d'un tercer.

L'esmentat web del Ministeri de Justícia, en el seu apartat de preguntes freqüents, a l'apartat Qui pot sol·licitar un LEI per a una entitat?, assenyalava que pot fer-ho "un representant legal de la societat amb facultats per a això, [que pot] ser un representant de la societat que figuri en les escriptures o una tercera part apoderada". Afegeix que, "en el cas que la sol·licitud la faci una tercera part apoderada, s'han de presentar les dades necessàries que n'acreditin el poder de representació". Ara bé, l'esmentada Resolució de la DGRN, per tal d'aclarir i d'actualitzar els principis i els criteris pels quals s'ha de regir la gestió del sistema a Espanya, i davant les dificultats trobades per les entitats financeres que es veuen en la necessitat de gestionar per als seus clients l'obtenció o la renovació del LEI, "motivades pel requisit d'acreditació del mandat per actuar en interès [d'aquests]", que fa que acudeixin a altres punts d'obtenció fora del nostre país "davant la major laxitud de procediments i menor rigorisme en l'acreditació d'aquest mandat", es decanta per no exigir a qui presenta la sol·licitud l'acreditació de la seva relació contractual. Com a segon motiu, d'índole més pràctica, assenyalava que

el formulari de sol·licitud del LEI està estandaritzat no només en el seu contingut, sinó també en la seva forma, de manera que exigeix l'aportació física de l'autorització expressa per obtenir o renovar un LEI "trencaria el caràcter telemàtic del procediment".

En particular, la DGRN considera aplicables al procediment LEI els articles 6 de la LH, 39 del seu Reglament i 45 del Reglament del Registre Mercantil, que inclouen en la categoria de "representants" dels interessats a obtenir la inscripció als "qui presentin" la documentació corresponent. En tot cas, pel que fa a les responsabilitats que es puguin derivar de la sol·licitud del codi LEI d'una entitat sense autorització d'aquesta, s'acontenta amb sancionar l'aplicació de les normes de la gestió de negocis aliens sense mandat, que engloben el cas fortuït i no només el dol o la culpa *in sollicitando* (1891 CC). Per tant, podem prescindir del verb *acreditar* (utilitzat no obstant això al web del Ministeri de Justícia) i moure'ns en l'àmbit d'*al·legar*, cosa que fa que quedi a l'arbitri de l'entitat presentant com demanar –i conservar– el permís explícit dels seus clients, i els tràmits per al LEI totalment al marge de les normes generals sobre representació.

En diverses ocasions, la resolució d'abril de 2017 es refereix a les entitats de crèdit, en particular als supòsits en què aquestes actuen com a contrapart en els contractes de derivats, essent els seus clients exclusivament beneficiaris de les operacions. Aquestes entitats, certament, es veuen en la necessitat d'agilitar urgentment la identificació LEI dels seus clients després de l'entrada en vigor, el passat 3 de gener, del Reglament Delegat (UE) 2017/590 de la Comissió, de 28 de juliol de 2016, que regula les obligacions de notificació a les autoritats competents, a l'efecte de vigilància del mercat, d'una sèrie d'operacions d'adquisició i d'alienació d'instruments financers (el que es coneix com a *Transaction Reporting*). Com que necessiten un LEI que identifiqui el client que participi en les transaccions per poder activar aquestes obligacions de comunicació, l'Autoritat Europea de Valors i Mercats (ESMA), coneixedora de les dificultats inicials del procediment de sol·licitud per compte de tercers, va emetre un comunicat el 20 de desembre de 2017, i va



permetre, durant un període de sis mesos, que les empreses prestadores de serveis d'inversió recaptessin dels seus clients la documentació necessària per a la sol·licitud del codi.

Només cal esperar, a la vista de tot això, que la primacia absoluta de l'eficiència del mercat financer no suposi un detriment de la seguretat jurídica, cosa que queda, ara, en mans dels registradors mercantils. El criteri general assentat per la DG en la seva resolució de 2017 pot resultar extrapolable a altres àmbits no desitjats, com ara la sol·licitud del LEI d'una persona jurídica, no per l'entitat legal a la qual està vinculada per un mandat més ampli d'intervenció en el mercat financer (entitats gestores de valors o majoristes de contrapartida, *brokers, traders*, etc.), sinó per organismes públics com l'Agència Tributària, en el marc, per exemple, d'un procediment d'embargament de qualsevol actiu financer. Si bé la informació associada al Codi LEI és, de moment, de caràcter limitat, qualsevol entitat legal que comercialitzi amb accions o deute podria, en cas d'aplicació imprudent del criteri assentat per la DG, quedar al descobert per motius econòmics o de competitivitat amb altres països, en un món com l'actual en què tot el poder rau en la informació.

La llei de modificacions estructurals de societats mercantils en la pràctica recent

Ricardo Cabanas Trejo
Notari de Fuenlabrada

Gairebé nou anys de vigència de la LME és un període de temps suficient per veure com aquesta llei s'ha implementat en la pràctica judicial i registral. Per això em centraré en la transformació i la fusió, amb una breu referència final a les qüestions específiques de l'escissió. A més, em centraré en qüestions d'ordre general, de concepte, més que entrar en detalls molt concrets de procediment.

Des d'aquesta perspectiva "general", la primera d'aquestes figures, la transformació, presenta més interès que el que podria suggerir la seva escassa presència en la pràctica. Tret dels moments de "gran" reforma legal, que pot comportar la fugida d'un tipus societari a un altre –recordem la conversió massiva de SSAA en SSRL que va produir la reforma de 1989–, no sembla que els operadors econòmics tinguin la necessitat imperiosa de "canviar" de forma social. La transformació és la germana pobre de les modificacions estructurals. Però, per si mateixa, permet plantejar qüestions de gran interès, gairebé en més mesura que la fusió/escissió. En la transformació no canvia la identitat del subjecte, només la seva forma d'estar, la seva presència, però en termes que el fan irrecognoscible. Afirmer que es tracta d'un canvi tipològic que deixa intacta la personalitat jurídica de l'entitat mutant



és molt senzill, tot i que desenvolupar-ho no tant.

D'entrada, perquè no sempre queda gaire clar si es tracta d'una societat preexistent que només canvia de forma o de la constitució d'una nova societat mitjançant l'aportació, per part dels socis, d'una "empresa" que anteriorment estava funcionant amb una forma d'una societat no inscrita en el RM. Recentment, s'ha plantejat el tema en una resolució de la DGRN en un cas que

clarament no era de transformació, encara que en algun moment s'utilitzés aquest terme només per raons fiscals, però en un sentit comú i "no jurídic" (per mantenir el CIF de la societat civil prèvia, l'Administració Tributària volia que aparegués la paraula "transformació").

Segons el que va al·legar l'interessat, el motiu pel qual no es va acudir en aquest cas a la via més directa i simple de transformar la societat civil prèvia en una SRL, va

ser el temor que el RM no ho acceptés, ja que no es tractava d'una veritable societat civil tenint en compte que el seu objecte era clarament mercantil. Encara que l'Administració Tributària no té gaire escrúpols a reconèixer la personalitat jurídica d'aquestes societats civils "anòmales", que a partir de 2016 han d'afrontar el tràngol d'haver de tributar per l'Impost de Societats, la situació no és tan còmoda quan es tracta de RRMM de RRPP.

Per la cura especial que es posa a determinar si l'objecte és civil o mercantil, sempre que s'ha de practicar una inscripció en nom d'una autoproclamada societat civil, no seria estrany que un RM rebutgés d'inscriure la transformació d'una –presumpta– societat civil en societat mercantil amb l'argument que la societat originària estava mal constituïda com a civil tenint en compte que el seu objecte és mercantil, cosa que obliga a convertir-la prèviament en societat col·lectiva "irregular" no inscrita per regularitzar-la mitjançant la inscripció, i després transformar-la en SRL.

Per la cura especial que es posa a determinar si l'objecte és civil o mercantil, sempre que s'ha de practicar una inscripció en nom d'una autoproclamada societat civil, no seria estrany que un RM rebutgés d'inscriure la transformació d'una –presumpta– societat civil en societat mercantil amb l'argument que la societat originària estava mal constituïda com a civil tenint en compte que el seu objecte és mercantil.

Tampoc no n'estaria injustificat l'impediment, ja que si la transformació s'inscriu directament des de la societat civil sense fer el camí descrit, el mateix RM estaria generant dubtes sobre el règim de responsabilitat dels socis pels deutes socials anteriors, règim que ha de subsistir durant els cinc anys següents a la transformació, ja que el de la societat civil és molt diferent del de la societat col·lectiva, tenint en compte que falta la solidaritat entre els socis.

Amb tot, la qüestió no s'ha tractat en les resolucions recents de la DGRN i, com que probablement moltes d'aquestes societats



s'hauran hagut de transformar pel motiu fiscal que abans s'ha indicat, tampoc no és aventurat suposar que –potser– els RRMM no hagin posat gaire problemes per inscriure aquestes transformacions, tot i aquesta aparent inexactitud.

No obstant això, el problema en sentit invers sí que s'ha plantejat, i amb això un debat molt interessant sobre la tipicitat de les figures regulades a la LME. Concretament, una resolució de 2016 va haver de decidir sobre la transformació d'una SRL en societat civil, amb un objecte que la mateixa DGRN admet que era civil. Davant l'opinió del RM que la manca de previsió expressa equival a la seva prohibició, en virtut del *numerus clausus* que ha de regir aquesta matèria, la DGRN va dur a terme una interpretació "razonable" del conjunt del sistema i admet un canvi d'aquest tipus, que a la pràctica suposa la sortida definitiva de la societat del RM per la seva cancel·lació.

D'altra banda, si la transformació es limita a un mer canvi de forma, tampoc no sembla que es pugui parlar d'aportació al capital, ja que no hi ha una nova societat. Una nova forma sí, però no un nou ens jurídic. Malgrat això, la LSRL derogada exigia la manifestació expressa en l'escriptura "*de que el patrimonio social cubre el capital*", requisit que subsisteix en la RRM vigent. El problema és que la LME no diu res sobre això, cosa que suscita un dubte raonable sobre la vigència del precepte reglamentari. Malgrat això, la DGRN entén que aquesta cobertura és una exigència del nou tipus societari, inclosa en els requisits de l'acord.

Però les noves accions/participacions no es creen *ex novo*, sinó que simplement es canvien per les quotes de capital de la forma social preexistent i, per aquest motiu, la xifra de capital s'ha de mantenir d'una forma social a una altra, ja que qualsevol canvi en aquesta xifra obeeiria a un augment/reducció simultani, no a la transformació. L'argument basat en el fet que l'art. 59.1 LSC prohibeix la creació de participacions/accions que no responguin a una aportació patrimonial efectiva quan la transformació es produeixi entre tipus socials capitalistes que en el moment de la seva creació ja es van veure sotmesos a aquesta exigència, és formal i purament efectista, ja que no són noves, sinó que ocupen el lloc de les originals, sense que el seu adjudicatari aportés de nou, però la societat tampoc. Hi ha una diferència substancial amb el supòsit de fusió/escissió perquè, ja sigui pel capital de la nova societat que es crea o ja sigui per l'augment del capital de la que ja existia, podem parlar d'una nova xifra de capital que exigeix una contrapartida efectiva segons les regles generals, però això no passa amb la transformació. Per això, si la nova forma societària naixés arrossegant pèrdues, la societat hauria de suportar les conseqüències previstes en la seva regulació específica, no gaire diferents en la SA i en la SRL. Llavors, on es troba el perjudici dels creditors? Des de la perspectiva de la formació del capital social, no sembla que estigui justificada la manifestació que no es tracta realment d'una nova xifra de capital, ni de noves accions/participacions. Per això, la veritable raó de la DGRN és simplement

que s'aprofita la transformació per incentivar la regularització patrimonial de la societat. Un objectiu lloable, però sembla que no imposat per la naturalesa de l'operació.

Per si això fos poc, la DGRN no es conforma amb la constància d'aqueta manifestació en l'escriptura, quan de l'examen del balanç per part del RM es desprengui la falta de cobertura. A la DGRN no li serveix que la cobertura patrimonial efectiva pugui resultar –sota la responsabilitat dels atorgants de l'escriptura– de valors reals i no de valors comptables, ni tan sols que la regularització fos simultània mitjançant una compensació de crèdits acordada per la mateixa JG, però després de la transformació. L'argument que la regularització es podria dur a terme a l'empara del nou règim jurídic més flexible, no serveix per al que diré després sobre les modificacions simultànies. Elevat a la categoria de requisit tipològic, la societat no pot entrar en la nova forma social sense complir-lo, encara que, al final, el resultat de la JG sigui el mateix. Amb tot, el meu dubte és que realment sigui un requisit d'aquesta natura, i una prova d'això és que ambdues formes socials comparteixen l'exigència de la seva cobertura, però en la fase fundacional.

Aquesta imatge de la transformació gairebé com un “renaixement” de la societat que justifica la recuperació d'alguns requisits disposats en clau fundacional, encara que no siguin específics del nou tipus escollit, ofereix altres exemples interessants. N'exposo un de descobert gairebé per casualitat treballant el tema –molt diferent– de les denominacions socials. Una sentència de l'Audiència Provincial de Huelva de l'any 2006 respecte d'una societat constituïda l'any 1985 amb la denominació “Origen Jabugo”, davant una demanda –precisament– de la Denominació Origen Jabugo. Amb el mateix argument que la DGRN, l'AP entén que, en transformar-se, és aplicable a la societat “renascuda” l'art. 406 RRM sobre prohibició de denominacions que induïxin a error sobre la naturalesa de l'entitat. Al final, per canviar de forma, ha de canviar de nom. Si no s'hagués fet el primer pas, no s'hauria vist abocada al segon.

D'altra banda, si en la transformació no canvia la identitat del subjecte, és a dir, només la forma, i per extensió el règim legal que aquesta forma determina, quan es produeix el canvi? La interpretació de

l'art. 19 LME quan supedita l'eficàcia de la transformació a la inscripció en el RM no ha deixat de generar controvèrsia als Tribunals, sobretot quan el retard prolongat en l'obtenció d'aquesta inscripció, o simplement la seva absència, genera dubtes sobre el règim aplicable mentrestant a aquesta societat. El tema s'ha deixat veure amb inusitada freqüència en l'AP de Cantàbria, en el cas d'una SA que es va transformar en SRL l'any 1997, però que no va inscriure la transformació al RM. Sobre aquesta base s'impugnen uns acords de JG i de CA molt posteriors (2010), amb l'argument que l'òrgan havia estat convocat com a SA, quan en realitat era una SRL. Per l'AP, la LME ha optat per reconèixer l'eficàcia constitutiva de la inscripció i, per tant, seguiria essent SA.

Aquesta imatge de la transformació gairebé com un “renaixement” de la societat que justifica la recuperació d'alguns requisits disposats en clau fundacional, encara que no siguin específics del nou tipus escollit, ofereix altres exemples interessants.

Ara bé, en aquestes situacions no es pot parlar en cap cas de societat irregular, ja que es parteix d'una societat que ja està inscrita. En aquest sentit resulten sorprenents dues sentències de la mateixa secció del TSJ de Catalunya, amb prou feines amb un any de diferència entre elles, però, això sí, de diferents Magistrats. En ambdós casos és una demanda per acomiadament que pretén la condemna del soci –únic– per irregularitat, però la irregularitat no està relacionada amb la constitució d'una societat, sinó amb la transformació d'una SA en SRL que, un cop transcorregut més d'un any, encara no havia estat inscrita. En la primera sentència es rebutja la pretensió, però en la segona, s'accepta.

Una entesa extrema de la naturalesa constitutiva de la inscripció comportaria que els acords socials subsegüents al de transformació, però anteriors al seu registre, s'haurien de subjectar a la disciplina corresponent a la forma social de partida, i aquest no és el criteri legal, ja que l'art. 17.2 LME estableix que les normes aplicables a les modificacions estatutàries simultànies han de ser les del nou tipus social.

Una interessantíssima resolució de 2015 posa de manifest fins a quin punt són importants els matisos en tots aquests temes. Es tractava d'una reducció de capital mixta en una SA per condonació de dividends passius i per restitució d'aportacions, però la mateixa JG acorda a continuació transformar-se en SRL. No és possible aplicar als dos trams de la reducció el règim propi de la forma de destinació, ja que no podem entrar en una SRL amb dividends passius, i això sí que és una exigència del tipus SRL. Per això, el primer tram se sotmet al de la SA, mitjançant la condonació amb càrrec a reserves sense dret d'oposició, i la corresponent dotació d'una reserva legal especial de disponibilitat condicionada als requisits propis de la reducció de capital, que en el futur seran els de la SRL. Però en l'altra reducció s'aplica el règim de la SRL: amb tot, en aquest cas, no s'havia dotat la reserva indisponible per cinc anys, pròpia de la forma social, sinó que es va fer en els mateixos termes de disponibilitat condicionada previstos per la condonació prèvia. És a dir, els mateixos de la SA, no els de la SRL. Per la DGRN, una SRL no pot escollir el règim d'indisponibilitat de la seva reserva, però tenint en compte que la transformació era necessària perquè com a SA havia quedat per sota del capital mínim legal, admet en aquest cas la inscripció, precisament per no complir un requisit específic del tipus SA i en ser la transformació una de les possibles sortides, juntament amb l'augment.

Però aquestes modificacions addicionals de la transformació no solament plantegen problemes de règim jurídic, també d'eficàcia, especialment quan no es tracta de modificacions que només són possibles en la nova forma social. No hi haurà cap condicionant tipològic –normalment– en una possible ampliació d'objecte, un trasllat de domicili o un canvi en l'estructura de l'òrgan d'administració amb designació de nous càrrecs.

No obstant això, el que passa és que aquestes modificacions conceptualment autònomes respecte de la transformació se solen presentar externament formant part dels estatuts de la nova forma social. El nou objecte, capital, domicili, o qualsevol altra circumstància apareix en els estatuts de la tot just estrenada forma social, com el seu objecte, el seu capital, el seu domicili, etc. Doncs bé, si el punt de partida és que la inscripció de les modificacions estatutàries té un caràcter merament declaratiu, és



a dir, que la seva eficàcia interna no depèn de la inscripció, quins efectes produiran les modificacions estatutàries fetes en la transformació, abans de la inscripció d'aquesta última?

Crec que aquest problema s'ha d'abordar des de la doble perspectiva de la inscripció constitutiva per a la transformació i la mermament declarativa per a la resta de modificacions estatutàries, que serà més complex com més propers siguin els tipus societaris, com passa amb la SRL i la SA, on l'autonomia estatutària permet, en molts temes, una regulació gairebé idèntica. És evident que el naixement de la nova forma social, i tots els efectes d'aquest canvi estrictament topogràfic (és a dir, exclusius del nou tipus), depenen de la inscripció registral, però, a més d'aquest efecte primordial –i característic de la transformació–, hi ha moltes altres modificacions del règim jurídic respecte de les quals el canvi de forma –i la seva inscripció– no s'han de presentar com una prioritat inexcusable, ja que també són possibles en la nova forma social de partida. Des d'aquesta perspectiva s'ha d'enfrontar cada cas en funció de les seves circumstàncies específiques.

En aquest sentit, té un gran interès una SAP d'Astúries de 2012, on la modificació addicional consistia en una ampliació de l'objecte social. En no haver-se inscrit la transformació, la societat continua amb l'antic objecte social inscrit; un soci en pretén la dissolució per no haver-hi hagut exercici durant tres anys, ja que la societat, durant aquest temps, s'havia dedicat al nou objecte ampliat.

En aquest sentit, té un gran interès una SAP d'Astúries de 2012, on la modificació addicional consistia en una ampliació de l'objecte social. En no haver-se inscrit la transformació, la societat continua amb l'antic objecte social inscrit; un soci en pretén la dissolució per no haver-hi hagut exercici durant tres anys, ja que la societat, durant aquest temps, s'havia dedicat al nou objecte ampliat. Per la AP no hi ha cap dubte que l'objecte amb eficàcia davant tercers és el nou, que no està inscrit.



Però imaginem un exemple una mica més rebuscat: una SA amb sistema de transmissió lliure que passa a SRL amb sistema restringit; en el cas que la nova limitació fos possible en els mateixos termes en ambdues formes socials, el soci que va votar a favor de l'acord pot transmetre encara les seves accions segons el sistema derogat, emparant-se en el fet que el nou sistema és per a unes participacions encara inexistents? *Quid* i si l'adquirent coneix l'acord? I si ho fa durant la vigència de l'assentament de presentació? Les preguntes queden simplement formulades, encara que em sembla clar que el soci no es pot desentendre d'un acord que ja l'obliga, i respecte del comprador es pot parlar de tercer, però no sense cauteles.

Com poden veure, potser no són gaires les transformacions que es fan, però la figura constitueix un banc de proves immillorable per pressionar algunes de les nostres idees aparentment més "pacífiques" del Dret de societats.

La fusió de societats ja és tota una altra cosa i no solament per la seva més gran presència a la pràctica. Aquí sí que hi ha una reestructuració empresarial que va més enllà de la forma. La seva característica singular –compartida amb l'escissió– és la successió universal. Independentment que afecti a la totalitat o només a una part del seu patrimoni, ja sigui a favor d'una o de diverses societats, preexistents o de nova creació, la característica comuna de totes elles i que les diferencia d'altres possibles reestructuracions es troba en aquesta idea de glo-

balitat, en la consideració del que s'ha transmès com un tot objecte de cessió, segons un règim especial superposat al singular de cadascun dels seus elements d'actiu i/o de passiu. Encara que no sempre s'extingeix la societat de partida, el canvi es valora més des d'una perspectiva subjectiva que objectiva. No és tant per l'element patrimonial transmès com pel canvi que experimenta la societat, a vegades abocada a la seva extinció, amb la successió consegüent en tot o en part en el seu patrimoni.

És una qüestió que no hauria de ser gaire polèmica tenint en compte l'expressió dels textos legals, però a la pràctica han sorgit seriosos problemes de caràcter processal i registral, sobretot per la interferència d'altres normes que no estan programades per a aquest tipus de successió.

Aquests problemes s'han incrementat erròniament en els últims anys com a conseqüència del procés de reestructuració bancària, que ha concentrat en poques entitats una gran part de l'activitat financera, amb un desplaçament massiu entre elles de titularitats actives i passives de tot tipus. S'ha de reconèixer que moltes vegades s'ha tractat d'una estratègia processal hàbil de part per entorpir una execució en marxa, per més que pugui sorprendre des del punt de vista societari, ja que la LME sembla bastant clara. En altres ocasions, només es tracta del rigor d'una normativa especial –concretament, la mateixa del RP– que s'ha d'adaptar a les singularitats de la successió universal.

En aquest sentit, les modificacions estructurals que ens ocupen integren un procediment molt pautat, que presenta, com a signes externs fàcilment identificables, l'escriptura pública i la inscripció en el RM. Només quan aquest procés s'hagi seguit en totes les seves fases s'acabarà produint l'efecte característic de la successió universal. No hi ha, per tant, fusions de fet.

Per tant, no hi ha la possibilitat de confondre una d'aquestes figures amb qualsevol altra forma de cessió en bloc d'elements patrimonials d'actiu i de passiu, encara que integrin un sector d'activitat autònom. Seguiria essent una cessió singular, encara que el seu objecte sigui complex, i encara que presenti especialitats de règim jurídic. Ara bé, en aquells casos en què el conjunt patrimonial sigui objecte de divisió i només se'n transmeti una part, o diverses parts a diferents beneficiaris, serà necessari identificar individualment els elements inclosos en cada unitat, a diferència de la fusió que actua sobre la totalitat del patrimoni de l'entitat que s'extingeix, sense necessitat de més individualització.

Per molt evident que sigui anteriorment això d'abans, algunes resolucions judicials recents han difuminat la distinció. Un dels casos més coneguts a la pràctica es refereix a la transmissió del negoci bancari, però no de la totalitat del patrimoni, d'un banc a un altre, en què subsisteix la primera entitat però amb un altre nom i activitat (em refereixo al cas Bankpime i Caixabank). No se segueix un procediment de fusió/escissió i expressament en el document de cessió

s'exclou la successió universal. En els procediments judicials relacionats amb aquesta cessió es discuteix sobre la legitimació passiva de l'entitat cessionària per una reclamació de compliment que afectava una determinada gestió de la cedent. Per alguns Tribunals, encara que no es pugui parlar de fusió/escissió, sí que ens trobem davant d'una situació semblant, que permet interpretar en un sentit extens l'objecte de la cessió pactada.

Al meu parer, considero més encertada la posició contrària que rebutja qualsevol indicati de successió universal, sens perjudici del problema diferent que el contracte no permeti escindir les posicions actives de les passives que integren l'objecte cedit, especialment davant els tercers afectats. Entenc que aquest ha estat el criteri seguit pel TS en la sentència recent de novembre de 2017, en considerar ineficax, davant els clients, la clàusula d'exempció dels passius contingents de la transmissió del negoci bancari. Per al TS, la causa de la cessió dels contractes bancaris de Bankpime a Caixabank és justament la transmissió del negoci bancari com una unitat econòmica i, per aquest motiu, ha d'incloure els crèdits, drets i, en general, posicions actives de la transmissent respecte dels seus clients, com les obligacions, responsabilitats i, en general, les posicions passives davant d'aquests. Entre elles, la de suportar passivament les accions de nul·litat dels contractes celebrats i restituir les prestacions percebudes en el supòsit que aquestes accions siguin acceptades. El resultat final per al client pot ser el mateix

que en una escissió, però se segueixen camins molt diferents.

També resulta problemàtica la qüestió del tracte registral, un altre cop en el cas de les entitats bancàries, amb milers d'hipoteques inscrites a favor seu, quan la nova inscripció és necessària per a l'execució hipotecària o la cancel·lació. Des del punt de vista de la mecànica registral, la qüestió s'ha resolt invocant la naturalesa constitutiva de la inscripció en el RM i aplicant el mecanisme del tracte abreviat. Una resolució recent de desembre de 2017 planteja un supòsit molt curiós. El préstec hipotecari estava extingit per pagament, i així ho va fer constar en el seu moment el Banc, però el document no va accedir en el RP en aquella data i es va presentar després, quan constava com a titular registral un altre Banc, que havia absorbit l'inicial. El RP exigeix que aquest Banc doni el seu consentiment, novament, a la cancel·lació. Per la DGRN, com a conseqüència de la subrogació per successió universal, el Banc absorbent queda vinculat per tots els actes que hagués realitzat el seu antecessor, entre els quals es troba la cancel·lació del crèdit hipotecari prèviament amortitzat, sense que sigui necessària una nova prestació del consentiment.

Però ha estat en l'àmbit de l'execució hipotecària on l'automatisme propi de la successió universal en ocasions s'ha posat en dubte. Encara que la legitimació processal i la legitimació registral segueixen camins separats, és indubtable que el caràcter essencialment registral del procediment d'execució hipotecària, pel caràcter constitutiu de la inscripció de la garantia, proporciona un argument poderós per alentar l'execució en aquells casos que el creditor instant encara no ha inscrit la fusió respecte a aquesta hipoteca en concret. A més, s'ha de tenir en compte la referència de l'art. 149 LH a la inscripció en el RP de la cessió del crèdit hipotecari, formalment reforçada en la reforma per la Llei 41/2007, en establir ara que "*deberá hacerse en escritura pública e inscribirse*" en el RP.

En termes generals, les resolucions contràries a la possible iniciació de l'execució sense haver inscrit abans la cessió del crèdit solen destacar que l'art. 149 LH no distingeix entre les diverses classes de cessió, i per això s'aplica igualment en els casos de successió a títol universal.

Davant aquesta posició, altres tribunals entenen, al meu parer amb millor criteri,





que l'art. 149 LH només es refereix a la cessió singular, i per això no és aplicable a la cessió que té lloc en el marc d'una successió universal per modificació estructural de la societat, on el canvi de titularitat es completa de manera automàtica per la inscripció en el RM.

En el camp estrictament registral, la DGRN ha insistit en el respecte al principi de tracte successiu, que fa necessària la inscripció prèvia del canvi de titularitat, per efecte de la modificació estructural, per inscriure el decret d'adjudicació en el procediment d'execució hipotecària, ja que en la legislació hipotecària no s'ha previst un assentament específic per recollir aquella substitució processal com a substitutiu de la inscripció prèvia del dret d'hipoteca a favor del que l'exerceix, encara que es pot acudir al mecanisme de tracte abreviat.

De totes maneres, en el RP el problema ja sorgeix abans, en el moment de l'expedició de la certificació de càrregues i l'expedició de la nota corresponent. No obstant això, en una mostra d'incoherència singular, la DGRN només aplica aquesta exigència a la realització extrajudicial de l'hipoteca, en tractar-se d'un pacte al qual no s'apliquen les normes de successió processal de la LEC, però no al procediment d'execució judicial.

Si de la naturalesa passem a l'àmbit de la fusió, encara que la LME parla de societats inscrites, no hi hauria d'haver cap inconvenient a fer-ho extensible amb el de la transformació, i permetre, per aquesta via, la intervenció de les formes no mercantils, sempre que siguin susceptibles de transformació en aquella forma. No obstant això, s'ha de tractar de societats dotades de personalitat jurídica i d'aquí prové la sorpresa que provoca el supòsit de fet d'una SAP de Barcelona 2013, que versa sobre un expedient de fusió per absorció –això sí, qualificada de “impròpia” –respecte d'una UTE, i tot plegat perquè aquesta estava inscrita en el RM d'origen, i hi havia la nota d'inexistència d'obstacles corresponent per a la fusió.

Per tractar algunes qüestions de procediment, també té un especial interès el tractament d'una resolució de 2013 sobre un cas de modificació del projecte de fusió, posterior a l'acord inicial de les societats participants, a través del qual decideixen alterar-ne la base subjectiva exclouent-ne una de les absorbides inicialment. Per la DGRN, l'art 40 LME només prohibeix la modificació unilateral del projecte, però “nada se opone

a la adopción del acuerdo de fusión en forma distinta a lo establecido en el proyecto si se hace con el consentimiento unánime de las sociedades intervinientes”. D'altra banda, si la modificació és posterior a la publicació de l'acord, la DGRN entén que és necessari publicar-la i, encara que no ho diu explícitament, s'ha d'entendre que el dret d'oposició dels creditors versa sobre l'objecte d'activar de nou, fet que pot generar dubtes sobre la situació d'aquells que ja el van exercir, particularment si han de reiterar-lo, davant la perplexitat dels creditors de la societat exclosa que ja en van fer ús.

Respecte del balanç de fusió, després de la reforma de 2012 ja no és possible prescindir-ne en els casos d'acord unànime. La DGRN ha tingut l'oportunitat de reiterar-ho en diverses resolucions. El problema d'exigir en tot cas el balanç és que comporta l'exigència de la seva possible verificació, i aquí la DGRN també s'ha mostrat inflexible i poc clara. En una resolució de 2015, la societat no estava obligada a verificar els seus comptes, però sí els comptes d'aquell exercici si hi havia una sol·licitud de designació d'auditor per la minoria. Com que el balanç de fusió era el balanç d'exercici incorporat a aquests comptes, la societat no tenia cap altre remei que esperar la designació de l'auditor i l'emissió del seu informe. Però es va precipitar i va prendre la decisió quan l'auditor encara no havia estat designat i, per tant, la DGRN confirma el defecte i rebutja la inscripció. El dubte és si la decisió hauria estat la mateixa, en el cas que la societat hagués tingut la precaució d'utilitzar un balanç *ad hoc*, tancat provisionalment uns dies abans del tancament dels comptes anuals. L'obligació d'auditar és general (art. 263 LSC) o per “un determinado ejercicio” (art. 265.2 LSC), i llavors, per al balanç d'aquests comptes en concret, però llavors no seria el cas.

Tenen una gran importància dos temes relacionats amb el dret d'oposició dels creditors. Després de la incorporació del quart apartat de l'art. 44 LME l'any 2012, les conseqüències de l'exercici d'aquest dret es troben al marge de la validesa de la fusió, ja que el creditor només pot reclamar la prestació de la garantia o el pagament de la societat resultant. Paral·lelament, l'exercici del dret d'oposició no correspost de forma satisfactòria per la societat deixa de ser un impediment per autoritzar l'escriptura i inscriure-la.

El problema és que l'art. 44.3 LME segueix dient que la fusió “no podrá llevarse a efec-

to” fins a la prestació de la garantia, amb l'exigència formal de l'art. 227.2.2ª RRM, cosa que lloc a una coexistència difícil entre ambdues normes, sobretot en el camp registral.

És evident que el RM té encomanat el control de les condicions de l'exercici d'aquest dret. Serà fàcil quan l'acord s'hagi publicat en el BORME i en un diari, ja que serà suficient verificar el doble control descrit anteriorment, d'una banda el dret genèric d'informació i, de l'altra, el dret d'oposició. Serà més complex quan s'hagi optat per a la comunicació individual per escrit a cada creditor, ja que es planteja el dubte si serà necessari acreditar documentalment aquesta comunicació davant del RM. Per sort, una resolució de 2014 es conforma amb la mera “manifestación relativa tanto al modo concreto ... como la fecha”.

Tenen una gran importància dos temes relacionats amb el dret d'oposició dels creditors. Després de la incorporació del quart apartat de l'art. 44 LME l'any 2012, les conseqüències de l'exercici d'aquest dret es troben al marge de la validesa de la fusió, ja que el creditor només pot reclamar la prestació de la garantia o el pagament de la societat resultant.

Un cop transcorregut el termini d'un mes, l'art. 227.2.2a RRM només preveu dues situacions possibles: que els administradors manifestin que cap creditor no s'ha oposat o, en el cas contrari, que certifiquin la identitat d'aquells que s'hi hagin oposat, l'import del crèdit i les garanties prestades.

Però com que el sistema descansa en la manifestació de l'administrador, abans de la reforma de 2012 era possible imaginar altres situacions. Per exemple, que no hi haguessin creditors si així consta en el balanç, o que n'hi hagués, però sense dret d'oposició, i així ho manifestessin els administradors. També poden declarar en l'escriptura que s'ha obtingut l'acceptació individual de cadascun dels creditors amb dret d'oposició, i fer-ho, fins i tot, sense necessitat d'esperar el termini d'un mes, ni de manifestar llavors com es va fer la comunicació privada. Si ens hem de creure la manifestació de



la falta d'oposició, per què no ens hauríem de creure la del consentiment individual i exprés que desactiva el dret?

L'únic argument de l'administrador mentider és poc convincent, ja que tant ho pot fer tant en un cas com en l'altre. A més, potser el problema no és de falsedat, sinó de mantenir una opinió diferent sobre la legitimació del creditor que s'ha oposat, ja que no tots els creditors estan legitimats, i pot passar que societat i creditor discrepin sobre això.

Però la situació es complicava per a la societat si es produïa alguna oposició, sense haver arribat a un acord amb el creditor sobre la garantia, tret de la fiança solidària per entitat de crèdit. Sobre aquest punt va incidir la reforma de 2012 en privar el creditor del seu dret de vet, ja que la fusió pot seguir endavant.

El problema és que s'ha de declarar llavors en l'escriptura, ja que, si en darrera instància ha de decidir el jutge, no sembla que hi hagi una diferència tan gran entre oferir una garantia inacceptable per part del creditor que s'ha oposat o, simplement, no oferir res i deixar que tot transcorri per la via judicial. Encara que la coherència lògica apunti en aquesta direcció, no és el sistema que tria la DGRN.

Per la DGRN, de l'escriptura s'ha de desprendre la falta d'oposició per part dels creditors, la falta de creditors amb dret d'oposició (o exercit en temps i forma), o el consentiment individual de tots ells,

sempre per la mera declaració dels administradors. Paral·lelament, quan hi hagi hagut oposició d'alguns creditors, se n'ha de ressenyar la identitat, l'import dels seus crèdits i les garanties que hagués prestat la societat, per una simple declaració, ja que no s'exigeix acreditació documental de la garantia. La novetat és que també es pot manifestar que hi ha hagut oposició d'alguns creditors, però no han considerat satisfactòria la garantia oferta per la societat, sense necessitat de donar més detalls, ni d'identificar els creditors discolts. Fins i tot es pot admetre el fet de l'oposició, però declarant l'administrador en l'escriptura que –al seu parer– ja estava prou garantit.

Per la DGRN, de l'escriptura s'ha de desprendre la falta d'oposició per part dels creditors, la falta de creditors amb dret d'oposició (o exercit en temps i forma), o el consentiment individual de tots ells, sempre per la mera declaració dels administradors.

Això no vol dir que la societat no estigui obligada a garantir, ja que fins i tot ho haurà de fer a través de la fiança bancària solidària que ara està evitant. El que passa és que, simplement, el procés pot continuar sense fer això i sense risc que la fusió sigui impugnada després per aquest motiu. El que la LME no sembla emparar és una franca declaració d'incompliment, en forma

de reconeixement de l'oposició formulada, sense negar el dret del creditor a oposar-se, però simplement per deixar clar que no s'ha constituït cap garantia, però que tampoc no s'ha ofert cap garantia.

Però ens movem en el terreny de les simples declaracions. És a dir, si després els creditors posen en coneixement del RM que l'incompliment ha estat flagrant perquè no se'ls ha ofert cap garantia, no es pot invocar la doctrina de la qualificació conjunta per obstaculitzar la inscripció. Encara que al RM li consti que l'exercici d'aquest dret no ha estat atès, un cop superat el tràmit formal que l'art. 44.3 sembla imposar, l'operació ha de ser despatxada, i totes les altres disputes es dirimeixen en el terreny judicial. Per la mateixa raó, el RM no és competent per qüestionar la declaració de l'administrador sobre la legitimació del creditor que s'ha oposat, per molt que aquest li faci arribar els seus motius en contra d'aquella manifestació, encara que li semblin injustificades.

Passem ja a les fusions especials, sobre un cas de fusió gemelar, en què una mateixa societat és el soci únic de l'absorbida i de l'absorbent, una resolució de 2017 considera suficient la manifestació de l'òrgan d'administració que concorre la circumstància legalment prevista per a aplicar les especialitats de l'art. 49.1 LME.

Per al cas concret de la norma de l'art. 51 LME, que permet prescindir de l'acord de la JG de la societat absorbent, una altra resolució de 2015 aclareix la seva confusa redacció fent prevaldre el règim de publicitat d'aquest precepte sobre la regla general de l'art. 43 LME. Per tant, la publicació del projecte serà en el BORME «o» (conjunció disjuntiva) en un diari, però no és exigible que es faci en ambdós llocs.

De forma tangencial, també opta per la simplificació procedimental la resolució de 2013 citada anteriorment, en el cas de la modificació subjectiva de la fusió per exclusió d'una de les societats absorbents. Sembla que la declaració en l'escriptura només es va fer –formalment– per l'administrador de la societat absorbent, que participa íntegrament les societats absorbides, i també n'és l'administrador. No obstant això, per la DGRN *"seria redundante, por excesivo, exigir que el compareciente expresara una declaración de voluntad explícita en nombre de las dos sociedades absorbidas que permanecen en el proceso"*.



De totes maneres, aquest assumpte està relacionat amb una resolució anterior del mateix any 2013, i molt probablement expliqui per què es va separar aquella societat, respecte de la qual la participació íntegra només era indirecta. Sembla que el RM provincial del domicili d'aquesta darrera va exigir que la compensació a la societat intermèdia no participant es quantifiqués en l'informe de l'expert independent. La DGRN no va entrar en el tema per una qüestió de falta de competència del RM, però té un gran interès.

És indubtable que en aquesta modalitat de fusió la societat intermèdia pateix un greuge econòmic, ja que perd les accions/participacions que tenia en la societat absorbida, sense rebre res a canvi. La LME ha optat per la compensació de la societat absorbida a la intermèdia, pel valor raonable de la seva participació, sempre que la fusió provoqui una disminució del patrimoni net de la societat que no intervé. Al meu parer, l'informe de l'expert no ha de pronunciar-se sobre aquest punt; d'aquí ve que tot es dirimeixi en una negociació entre els administradors de l'absorbent i la intermèdia, i tampoc el seu pagament efectiu no ha de ser un requisit necessari per la realització de la fusió, que està subjecta al control del RM. No crec que hagi de ser així. L'obligació de compensar sorgeix per raó de la fusió, però la seva concreció i pagament es pot deixar per a un moment posterior, fins i tot molt posterior. Queda sota la responsabilitat dels administradors quantificar-la i abonar-la.

Però els dos temes generals que presenten més complexitat estan relacionats amb la inscripció de la fusió –o escissió. D'una banda, pel seu caràcter constitutiu i, d'altra banda, pel seu possible caràcter convalidant.

En una resolució de 2013, la DGRN declara que *"no se trata de que la inscripción sea constitutiva en el sentido de que forme parte del tipo negocial [sino que] la inscripción supone el trámite exclusivo y excluyente para obtener la oponibilidad frente a terceros del acto sujeto a ella, de manera que el conocimiento extrarregistral del mismo no produce efecto alguno"*. De conformitat amb el que s'ha exposat, si el negoci existeix sempre, al marge i abans de la inscripció constitutiva, és evident que immediatament produirà efectes entre les parts, ja que les parts no poden invocar el contingut del RM, ja que ja estan vinculades pel seu propi negoci.



Una altra cosa són els tercers, que no es poden veure perjudicats i, en conseqüència, poden ignorar-lo, encara que tinguin coneixement extraregistrat, però se'n podrien aprofitar si els convé.

Considero que, encara que s'acceptés el que s'ha exposat anteriorment, novament hi ha molt matisos que cal tenir en compte. Pensem, per exemple, en els creditors en el supòsit especial de fusió supersimplificada de l'art. 42 LME. Fins al moment de la presentació de l'escriptura de fusió en el RM realment el procés es pot fer d'una forma gairebé clandestina, ja que es pot prescindir de la publicació dels anuncis. Però la data que fa referència l'art. 44.2.1 LME pel naixement del dret d'oposició (sobretot per comunicació personal), priva els creditors posteriors de l'exercici d'aquest dret, per molt que es demori després la inscripció. D'aquesta manera, tot i el caràcter constitutiu de la inscripció, hi haurà creditors afectats per la fusió abans de la seva inscripció que, en relacionar-se amb les societats que s'extingeixen, acaben engolits per un procés de fusió del qual no han tingut coneixement, ja que només van contractar basant-se en el contingut dels assentaments vigents i sense cap possibilitat d'oposar-s'hi. Tot això sense entrar en els problemes de fragmentació que provocaria aquesta eficàcia externa *ad gestum* per al tercer, ja que la fusió concatena, finalment, dos efectes contraposats, per una banda, l'integrador de la societat resultant i, per altra banda, l'extintiu de les altres, cosa que implica haver d'admetre simultàniament l'existència i la inexistència d'una societat.

Per les exigències de la bona fe i, pel cap alt, de l'ordre jurídic, no pot ser tant intranscendent el coneixement previ de la fusió que hagi tingut el tercer, malgrat que tot dependrà de les circumstàncies del cas. Una sentència de la SAP de Burgos de 2013 ens ofereix un exemple interessant. Un sinistre havia estat indemnitzat dues vegades, una per la comunitat de propietaris de l'edifici on es va produir i l'altra per la companyia d'assegurances, però la primera vegada va pagar a la societat absorbent i la segona a la societat absorbida, prenedora de l'assegurança, justament quan la fusió encara no estava inscrita; l'asseguradora –que també és un tercer– sosté que la comunitat va pagar incorrectament a l'absorbent, d'aquí que no tingués el caràcter de pagament alliberador. El Tribunal rebutja aquesta posició en entendre que el pagament es va fer a qui *"de hecho gestionaba el establecimiento en el momento del pago, y que a tenor de los acuerdos de absorción suscritos entre las dos sociedades, era también la titular del mismo, independientemente de que frente a terceros, por no haber sido inscrita la absorción de sociedades no tenga eficacia"*.

En l'àmbit laboral és freqüent aquesta anticipació d'efectes, sobretot des de que una STS [4] de 2001 admet que en aquest àmbit pot *"estimarse que los efectos de la absorción se producen con anterioridad a la formal inscripción en el registro del acuerdo, si concurren circunstancias que permiten considerar que la responsabilidad de la sociedad absorbente surge en un momento anterior de conformidad con la normativa propia del derecho del trabajo"*. Donant per suposat



que el treballador és tercer, normalment serà per veure's afavorit per la fusió, fet que estaria en sintonia amb la posició mantinguda per la DGRN. Però no sempre serà així. Tenim una sentència interessant del STSJ de Catalunya [social] 2004 on, realment, ja s'havia produït la transmissió de l'empresa per la venda de les accions i l'acord de fusió, però quan es comunica al treballador l'acomiadament per causes objectives la fusió encara no estava inscrita, ni tan sols atorgada l'escriptura; sembla que, en rebre la comunicació de la societat absorbida, el treballador va argumentar que encara no es donaven les circumstàncies per falta d'inscripció de la fusió, encara que la data d'efectes comptables sí que era anterior, argument que va rebutjar el Tribunal.

Com ja he advertit, en cada cas s'han de valorar totes les circumstàncies presents, sense que una proclamació categòrica prèvia sobre la naturalesa de la inscripció condicioni indefectiblement el resultat final.

Però el tema que actualment ha concentrat més atenció és el de la impugnació de la fusió. Com a qüestió prèvia, la inscripció mai no pot convalidar la infracció que s'ha comès, en el sentit de sanar-la. L'efecte d'una suposada inscripció convalidant hauria de ser un altre, concretament que la fusió sigui irreversible, que sigui impossible fer marxa enrere en la fusió inscrita, sense cap altre remei que el purament indemnitzatori. No obstant això, el fet que una hipotètica declaració de nul·litat de la fusió no tingui un efecte restitutori immediat, tampoc no permet afirmar que la fusió

sigui irreversible. Simplement no hauria de ser d'aquesta manera com hauria d'actuar la nul·litat de la fusió, però la nul·litat pot ser efectiva d'una altra manera.

En aquest sentit, s'ha d'estar d'acord amb una resolució important de 2013, on la DGRN discuteix sobre la forma d'implementar en la pràctica determinades decisions judicials que versen sobre la validesa dels processos societaris complexos, especialment sobre la fusió i l'escissió de societats. Efectivament, la declaració de nul·litat no produeix *per se* la inexistència de la corresponent modificació estructural i la desaparició de tots els seus efectes en el món jurídic, però la DGRN admet que pot ser causa d'una obligació societària de remoure, convalidar o regularitzar els efectes organitzatius i societaris generats mitjançant els corresponents acords socials de reintegració patrimonial a través, per exemple, d'una escissió que permeti restituir l'*status quo* anterior (de fet, la mateixa llei regula aquestes conseqüències, art. 47.3 LME).

La desfusió tindria lloc mitjançant una operació en sentit invers i de caràcter forçós per a la societat, ja que el principi de conservació de l'estabilitat només impedeix l'anul·lació retroactiva de l'acte viciat. Però si la declaració de nul·litat obliga a recompondre la situació anterior a l'acord, llavors no es pot parlar d'irrevocabilitat de la fusió, i encara menys de convalidació per la inscripció, per molt que la inscripció prèvia en el RM obligui a respectar els drets de tercers. Es tracta de coses diferents.

Però el tema que actualment ha concentrat més atenció és el de la impugnació de la fusió. Com a qüestió prèvia, la inscripció mai no pot convalidar la infracció que s'ha comès, en el sentit de sanar-la.

Sobre aquesta base, determinar l'àmbit d'aplicació de l'art. 47.1 LME comença a ser una tasca complicada. Davant l'anterior art. 246.1 LSC que només permetia l'acció de nul·litat contra la fusió inscrita sobre la base de "*la nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos*" de la JG, la norma vigent només parla de "*impugnación de la fusión*". En aquest sentit, una SAP de València de 2014 distingeix entre la impugnació de l'acord de fusió, la impugnació de la

fusió i la impugnació del tipus de bescanvi, donant a entendre que la primera només seria possible abans de la inscripció i d'acord amb el règim general de la LSC, la segona durant els tres mesos següents a la inscripció segons el règim autònom de l'art. 47 LME, mentre que la tercera es dirimiria a través del mecanisme de l'art. 38.2 LME.

Certament, són tants i tan variats els requeriments informatius i d'altres tipus que envolten el procés de fusió, ja sigui abans com després de l'acord de la JG, que en teoria és possible plantejar la idoneïtat de cadascun per fonamentar pel seu compte una demanda declarativa de nul·litat del procés de fusió com a tal, i no pròpiament per aquell acord. Però és una opció bastant improbable (fins i tot qüestionable sobre la base de l'art. 108.1.b) Directiva). Alguns tenen un caràcter preparatori tan marcat que en fa inútil la impugnació independentment de l'acord, com passa en el projecte de fusió. En altres ocasions, la impugnació es pot referir a un acte singular o negoci connectat amb la fusió, sense que això impliqui, per si mateix, qüestionar-se tot el procés. És més discutible per la informació que s'ha de proporcionar als tercers, com passa en el cas dels treballadors, o amb els mateixos creditors. Fins i tot els mateixos socis per la informació posterior a la JG.

Però el mecanisme amb una incidència realment devastadora sobre la fusió és la impugnació de l'acord de la JG, que lògicament s'haurà d'adreçar contra la societat que ha pres aquest acord, encara que la declaració de nul·litat acabi afectant totes les participants, i aquesta acció es pot interposar en el termini i per les causes generals. Concretament, des de l'aprovació de l'acord és possible impugnar-lo segons el règim general, sense que la mera interposició de la demanda suspengui el procediment de fusió, singularment la seva inscripció, ja que s'hauria d'obtenir la corresponent mesura cautelar de suspensió, que ni tan sols sembla possible quan la impugnació només es basa en el balanç de la fusió (art. 38.1 LME).

Però, a poc a poc, veig que aquesta acció no és possible després de la inscripció, el que passa és que la inscripció provoca un canvi subjectiu que fa impossible dirigir l'acció contra les societats desaparegudes per la fusió, però això no esvaeix els motius d'impugnació dels diferents acords individuals en el cas de no haver interposat encara la demanda, i sempre que no hagi



caducat l'acció. Encara que basant-se en el subjecte encara seria possible impugnar l'acord de la JG absorbent, després de la inscripció les diferents vies s'agrupen en una que passa a ser la impugnació de la fusió, que s'ha d'adreçar contra la societat que subsisteix, però basada en motius d'impugnació que procedeixen d'acords singulars, i molt excepcionalment en un altre tipus d'infraccions només en base a l'execució de la fusió.

Però aquesta acció està sotmesa a un límit temporal específic de tres mesos, que és capaç de retallar el general d'un any en el cas d'una hipotètica acció d'impugnació d'un acord –encara no interposada– que pogués acabar més tard i, fins i tot, exclou la possibilitat il·limitada d'impugnar sobre la base de l'ordre públic (també per les seves circumstàncies). Aquest termini compta des de la data en què la fusió fos oposable a qui invoca la nul·litat que, en el cas dels socis i administradors, haurà de ser la inscripció pel seu efecte constitutiu, i per als tercers la publicació en el BORME. No obstant això, no es tracta d'una nova acció que recupera un termini que ja podria estar caducat segons les regles generals, quan la fusió s'impugna realment sobre la base de l'acord previ de la JG.

Però en la pràctica judicial d'aquests anys el tema s'ha mostrat amb més freqüència a extramurs de la LME, concretament en la LC, per la discutida possibilitat d'exercir una rescissòria concursal en contra de la escissió de la societat. Mentre uns Jutjats i Tribunals estan en contra que una modificació estructural pugui ser objecte d'una impugnació per la via de l'art. 71 LC, basant-se en la prohibició de l'art. 47 LME, d'altres s'han mostrat a favor d'aquesta possibilitat. En aquest context, és important la STS de novembre de 2016.

Per al STS l'efecte sanatori de la inscripció no és total, ja que a partir de la inscripció, la nul·litat, que segueix essent possible, només es pot basar en la infracció de les normes legals que es refereixen a *"la realización de cada concreta modificación estructural"*, o el *"incumplimiento de los requisitos legales"*.

Aquest és el sentit que la STS atribueix a l'expressió *"de conformidad con las previsiones de esta Ley"* de l'art. 47.1 LME, amb una ambigüitat calculada que no limita la impugnació a la infracció de les normes formulades en la LME, ja que també podran ser altres lleis, sempre que s'estableixin re-



quisits propis de la modificació estructural, i prou importants per fonamentar aquesta invalidesa, en lloc d'un altre tipus de conseqüències (p. ex., obligacions d'informació i consulta en l'àmbit laboral, que poden donar lloc a una sanció administrativa, però no a la nul·litat).

D'altra banda, només es podria basar en la infracció de previsions legals, fet que deixa al marge la vulneració de disposicions estatutàries o la lesió de l'interès social o de la minoria, i també la possibilitat d'invocar qualsevol tipus d'abús. La conclusió general va en la direcció del que s'ha dit anteriorment, ja que el TS no atribueix eficàcia convalidant a la inscripció de la fusió, ja que sempre és possible la impugnació –en un termini molt breu, això sí– quan s'hagin infringit els requisits legals, i no trobo motiu per excloure la impugnació que es basi en algun dels acords de la JG en els termes descrits.

La qüestió específica que llavors es planteja la STS versa sobre si la rescissòria concursal entra per aquesta via, encara que el seu exercici sigui per a un termini limitat de tres mesos, i la seva resposta sigui negativa. Com que l'acció provoca la ineficàcia de l'operació, però no es refereix als requisits propis de la modificació estructural, queda automàticament excloua pel simple fet de la inscripció, sense gaudir del termini de gràcia de tres mesos. Respecte de la rescissòria concursal, sí que es produeix l'efecte sanatori de la inscripció i només queda la pretensió de rescabament comuna, que ha d'exercir

la mateixa administració concursal, que específicament s'ha de referir al perjudici causat a determinats creditors anteriors a l'operació. De totes maneres, la STS no exclou el possible exercici de l'acció pauliana quan s'hagi actuat fraudulentament, i així ho ha determinat, per exemple, la sentència del JM de Sevilla que ha resolt sobre la impugnació de l'acord de refinançament d'Abengoa.

Acabo ja la meua intervenció amb algunes qüestions relacionades amb l'escissió. D'entrada, una resolució de 2016 ha acabat amb els dubtes que hi podia haver sobre l'autonomia, i l'admissibilitat consegüent al marge de la LME, de l'aportació d'un sector d'activitat com a contrapartida d'un augment de capital no dinerari, especialment per no concórrer l'efecte de la successió universal característic de l'escissió/segregació. Per la DGRN, els interessos en joc queden prou protegits per l'aplicació de les normes pròpies de l'augment de capital, l'absència de successió universal i la normativa laboral. Respecte de la societat aportant, la posició dels socis queda protegida per la possible exigència de l'acord de la JG en els casos de l'art. 160.f) LSC sobre la transmissió d'un actiu essencial.

De totes maneres, encara que s'obtingui l'acord de la JG, s'ha de vigilar en cada cas que, per aquesta via, no es produeixi una substitució o una modificació substancial "de fet" de l'objecte social, sense canviar els estatuts, encara que no queda clar si el soci discrepant gaudeix en aquests casos

del dret de separació. Sobre aquest tema cita dos pronunciaments, un de judicial i l'altre de registral que, aparentment, són contradictoris. Una SAP de Barcelona de 2015 on la minoria pretenia –sense èxit– que l'objecte estatutari s'adaptés al real, precisament per separar-se de la societat; en primera instància no se li reconeix aquest dret, però la AP la revoca considerant que la majoria va incórrer en abús de dret i, per aquest motiu, reconeix al demandant el dret de separació. En sentit contrari es pronuncia una resolució de 2017 sobre nomenament d'un expert a sol·licitud del soci per a la determinació del valor real de les participacions com a conseqüència de l'exercici del seu dret de separació. El soci que recorre al·lega que la societat actuava amb abús de dret i s'havien alienat actius essencials sense cap justificació, fet que implicava una modificació substancial de l'objecte social. Per la DGRN, el dret de separació *"sólo surge cuando existe un acuerdo social de sustitución o de modificación sustancial de objeto social, supuesto que no puede confundirse con el de enajenación de activos esenciales que, en ningún caso, genera la aparición del mismo"*.

Quan en una escissió s'opti per la reducció del capital (no és imprescindible, però és possible realitzar el traspàs amb càrrec a reserves), aquesta és instrumental a l'escissió i no té autonomia pròpia, i el seu règim queda establert en el de la

modificació estructural. Per aquest motiu, la DGRN recorda que no s'han de complir els requisits de publicitat de l'art. 319 LSC i molt menys l'oposició dels creditors tindria cap efecte obstructiu en els termes de l'art. 337 LSC.

La qüestió específica que llavors es planteja la STS versa sobre si la rescissòria concursal entra per aquesta via, encara que el seu exercici sigui per a un termini limitat de tres mesos, i la seva resposta sigui negativa. Com que l'acció provoca la ineficàcia de l'operació, però no es refereix als requisits propis de la modificació estructural, queda automàticament exclosa pel simple fet de la inscripció, sense gaudir del termini de gràcia de tres mesos.

Sobre la necessitat del balanç és aplicable el que abans s'ha dit a propòsit de la fusió, però amb l'excepció que ara sí que existeix un supòsit d'exempció legalment previst, el de l'art. 78.bis LME. Encara que el precepte es refereixi a diverses societats beneficiàries, una resolució de 2014 remarca que la mateixa regla és aplicable quan només es tracta d'una societat. Aplicant el mateix criteri, i per un argument elemen-

tal *a fortiori*, sí que és possible prescindir del balanç, però si la societat decideix incorporar-lo no serà un inconvenient que aquest sigui de data anterior al límit de sis mesos, o que no hi hagi un acord exprés per aprovar-lo.

Per acabar, en relació amb l'art. 80 LME, una STS de 2015 estableix que la responsabilitat de la societat escindida respecte dels deutes anteriors a l'escissió i traspassats a una societat beneficiària, serà subsidiària, solidària i il·limitada. Però la subsidiarietat no exigeix que, prèviament a la reclamació enfront de la societat escindida, es faci excussió de tots els béns de la beneficiària, ni tan sols que consti que s'hagués requerit el pagament, sinó que només precisa que s'hagi produït l'incompliment de l'obligació. També és important una SAP de Navarra 2014 en establir que no s'exclou la responsabilitat derivada d'aquest precepte legal pel fet que el deute –despeses d'urbanització enfront de la junta de compensació– estiguessin garantits per una afecció legal i la finca en qüestió s'hagués transmès a la beneficiària de l'escissió. Ara bé, d'aquest precepte no se'n deriva una responsabilitat en sentit invers en els casos d'escissió parcial, en el sentit que de les obligacions preexistents, que corresponien a la societat escindida i que es poguessin incomplir, han de respondre solidàriament les societats beneficiàries.

Acotacions als conceptes d'avaluabilitat i inscriptibilitat a AJD. Especial referència a novacions de préstecs o crèdits garantits amb hipoteca

Javier E. Satué de Velasco
Notari de l'Escala (Girona)

INTRODUCCIÓ

Si alguna cosa queda patent de l'experiència pràctica diària en l'aplicació de l'impost d'Actes Jurídics Documentats (AJD) és l'alt grau d'inseguretat que la seva interpretació genera per als operadors jurídics i particulars, cosa que hauria de resultar sorprenent perquè té una alta configuració tècnica i no planteja problemes de prova, com altres impostos, subjectes a comprovacions, verificacions, factures, valoracions, deduccions, bonificacions, requisits subjectius, etc.

Però persisteix una guerra de guerrilles en relació amb aquest impost que no s'atura, encara que els seus pressupostos siguin aparentment clars i operi *ab initio* en un àmbit abstracte i independent de vicissituds concretes.

No obstant això, s'observa recurrentment com les circumstàncies, per dir-ho suaument, han anat conduint a un món abstrús, ple de racons, encara que igualat per una voluntat recaptatòria constant.

Per això, volem provar d'explicar prèviament de la forma més sincrètica possible de quins pressupostos surt aquest tribut, per poder desgranar després les matèries objecte d'aquest treball.



Si s'observen els supòsits gravats per AJD, cal deduir-ne una característica comuna: hi ha un alt component finalista en tots ells, que acosta l'impost, malgrat la seva conceptualització com a tal, a les característiques pròpies d'una taxa, ja que es troba relacionat amb un servei que l'Estat presta en exercici de la seva autoritat a qui en sol·licita la intervenció; així:

- El reconeixement públic i l'ús social legítim, en el cas de rehabilitació i de transmissió de dignitats nobiliàries;

- L'agilitat en els procediments de recobriment, fonamentalment la seva executivitat, per a documents de gir i assimilats (fins al punt que els efectes timbrats per quantia inferior al nominal perden executivitat, com ja va declarar el Tribunal Constitucional en la sentència 133/2004);



- La prioritat *erga omnes*, per a les anotacions preventives no d'ofici que tinguin per objecte dret o interès avaluable;

I en el món que aquí interessa especialment, que és el d'aquestes primeres còpies d'escriptures públiques o actes que continguin actes o contractes inscripcibles en registre públic (fonamentalment el de la Propietat) que tinguin per objecte DIRECTE (i aquesta paraula és clau) quantitat o cosa avaluable; la raó de ser de l'impost es pot basar també en el retorn a l'Estat d'aquest servei que presta en exercici de la seva autoritat, a través dels efectes privilegiats potencials atorgats a un document notarial si pot accedir al registre per contenir acte o contracte directament avaluable.

Per tant, la seva tributació està relacionada amb el contingut econòmic que recull, cosa que es pot entendre tant per la protecció potencial que es presta a aquest valor posat de manifest en el document a favor del subjecte passiu (que coincideix normalment amb el beneficiari directe del servei, tot i que amb la important excepció dels préstecs o crèdits garantits amb hipoteca), com pel mandat constitucional que tot impost respongui a una realitat econòmica.

Des d'aquest punt de vista, tot acte o contracte documentat notarialment i inscripcible que no es tradueixi en la possibilitat d'obtenir un plus de protecció no hauria de tenir una presumpció de subjecció, sinó més aviat el contrari.

Així, per exemple, la consignació registral d'un preu ajornat sense garantia real al qual fa referència l'article 10 LH o 58RH, per molta quantia que reculli, no produeix efecte real contra tercer ni protegeix el creditor especialment, i no queda gravada per AJD la primera còpia de l'escriptura que conté el dit ajornament.

La mateixa pretensió de simplicitat pot portar a identificar algunes de les seves característiques bàsiques:

- Complementarietat, fonamentalment en relació amb operacions immobiliàries subjectes a IVA;

- Subsidiarietat o residualitat, per a actes o contractes avalubles, no sotmesos a ISD o a les altres modalitats (TPO i OS); per exemple, gravant una herència amb immobles a favor de persona jurídica. La referència a aquests altres actes o contractes comporta implícitament un contingut substantiu per als gravats i no merament accessori.

- És per això que també aplica un principi de conservació d'energia pel que ja ha tributat, un *ne bis in idem*, moderant la llei de tributacions exorbitades, per exemple pel que fa a ampliacions d'obra nova o d'hipoteca, o per agregacions o segregacions.

- Especialitat, pagant només allò que és objecte de l'impost i que es produeix ("acte o contracte") a través o en el document, i no fora d'ell, encara que indirectament es reculli

en aquest, com es pot entendre que passa amb les actes notarials que actuen com a mer vehicle per sol·licitar una cancel·lació d'hipoteca o de condició resolutòria per caducitat (el decurs del temps és un simple "fet" que constata l'acta).

- Immanència/independència vs contingència: atén el document, el seu contingut i efectes potencials, i es desvincula de les seves vicissituds concretes posteriors, com també de la diligència del subjecte passiu en aprofitar el benefici que li presta, ja que n'hi ha prou que potencialment se l'atorgui.

Predicat d'aquest aspecte és la seva autonomia, especialment pel que fa a aspectes obligacionals en el cas d'hipoteca, ja que no té per què coincidir el seu abast amb el del negoci principal, el crèdit, atès que és perfectament possible garantir-lo parcialment.

I cal assenyalar també la seva autonomia fins i tot en relació amb altres modalitats de l'impost, de manera que les seves normes no tenen per què ser vasos comunicants.

- I al fons de tot això, la seva necessària coherència amb els principis clau constitucionals, com són els de reserva de llei, capacitat econòmica, igualtat i progressivitat (que impliquen proporcionalitat), i no confiscació, d'acord amb l'article 31 de la norma fonamental.

PLANTEJAMENT

Dels quatre requisits que l'article 31 del TRITP i AJD exigeix perquè un document notarial quedi subjecte a la modalitat gradual d'AJD (primera còpia, acte o contracte que tingui per objecte directe quantitat o cosa avaluable, que aquest acte o contracte sigui inscripcible i que no tributi per una altra modalitat de l'impost o per ISD), la deriva en la interpretació que l'Administració tributària ha fet per aplicar aquest impost fa convenient tornar a examinar amb detall els requisits de avaluable i inscripcibilitat que exigeix la norma.

I això en relació especialment amb l'autorització constant en els darrers temps d'escriptures de novació de préstecs o crèdits amb garantia real inscripcible, motivada principalment a redós de la persistent crisi econòmica.



En aquest àmbit de novacions hipotecàries, si alguna cosa es posa de manifest generalment, no és precisament la capacitat econòmica que informa l'article 31 de la Constitució de tot el sistema impositiu (i cal afegir, de cada impost en particular), sinó més aviat la manca de capacitat, concepte que va ser fonamental en la sentència del TC d'11 de maig de 2017 sobre inconstitucionalitat de l'impost sobre l'increment de valor dels terrenys urbans quan la transmissió no ha posat de manifest aquest increment.

Però hi ha també altres supòsits que han generat dubtes sobre el seu abast impositiu, que fan convenient que siguin examinats.

A.- AVALUABILITAT

Les reflexions contingudes en el treball "Impuesto sobre actos jurídicos documentados: cantidad o cosa avaluable en el cambio de uso y destino" publicat a la revista *La Notaría*, n. 2 de l'any 2012, continuen bàsicament, vigents, i aquest escrit es remet a aquestes, donant-les per transcrits per evitar repeticions.

L'any 2012 va ser un moment en què la confusió –sembla que interessada– del concepte que l'Administració anava fent de l'avaluabilitat, concretament del sintagma "actes o contractes que tinguin per objecte directe quantitat o cosa avaluable" mitjançant interpretacions que es poden qualificar de màxims als efectes recaptatoris, gairebé no havia trobat fre en els pronunciaments dels tribunals econòmics-administratius i ordinaris.

Així, algunes modificacions voluntàries –ja que les de base fàctica es consideren en principi meres rectificacions no subjectes a AJD– de contingut accessible al registre relatives a finques, com els casos de canvi d'ús o de destinació o les vinculacions *ob rem*, o actes o contractes inscrits, singularment en novacions de préstecs o crèdits hipotecaris, s'havien vist reiteradament qualificades com contingut avaluable, liquidant sobre la base, tant pel valor total de la finca o finques afectades, com pel valor de la responsabilitat hipotecària ja inscrita, sense tenir en compte l'avaluabilitat o no específica de l'acte o contracte documentat.

En síntesi, aquest tipus d'interpretació, cal avançar que desplaça "l'objecte directe" de gravamen, ja que la llei subjecta

específicament i directament el contingut avaluable específic d'aquests "actes o contractes" i no la base física o jurídica preexistent ("objecte indirecte") sobre la qual recauen.

L'objecte directe és aquest "acte o contracte" (no s'estén per tant a "fets") que dona contingut al document; la resta significa apartar-se de la pròpia dicció de la norma.

I si bé l'Administració generalment ha seguit tractant els supòsits esmentats amb aquests criteris de màxims recaptatoris, l'última pràctica dels tribunals, fins i tot administratius, ha rectificat aquestes interpretacions, moderant-ne les conseqüències oneroses per als contribuents, mitjançant pronunciaments dels quals cal destacar els següents, seguint aquí i en altres referències d'aquest escrit l'àgil, útil i lluminosa web "tottributs.com" a càrrec de Josep Maria Vázquez Moreno:

- La important Resolució del TEAC, de 7 de juny de 2016, apuntalada per sentència del TSJ de Madrid, de 19 de juny de 2017, que fixa com a base imposable a efectes d'AJD en l'exercici d'una opció de compra per lísing exclusivament el valor residual, i això encara que s'exerceixi de manera anticipada, segons matisa aquesta sentència;

L'objecte directe és aquest "acte o contracte" (no s'estén per tant a "fets") que dona contingut al document; la resta significa apartar-se de la pròpia dicció de la norma.

- Sentència del TSJ de Catalunya, de 12 de maig de 2017, que no subjecta a AJD el canvi d'ús d'un immoble quan de manera simultània se'n formalitza la divisió horitzontal, concebant al canvi d'ús com un subtipus o modalitat d'obra nova, del que cal desprendre que la seva base estaria constituïda pel valor de les obres d'adequació a aquest canvi de destinació.

Però aquest criteri lògic i ajustat a dret, és a dir, gravar per AJD el valor de l'objecte "directe" de l'acte o contracte documentat, i no de l'immoble o, pel que aquí interessa, de la responsabilitat hipotecària preexistent (o

del saldo pendent del préstec modificat, a la vista de les darreres consultes tributàries), té el seu suport en la mateixa dicció de la llei en els casos que recull expressament (per exemple, obra nova, segregació/agregació) i en diferents supòsits que indirectament avalen aquesta interpretació, entre els quals cal esmentar els següents:

- en el cas d'anotacions preventives no d'ofici d'embargament, la base imposable es fixa per la quantia reclamada (objecte "directe"), actuant el valor de l'immoble sobre el qual recau exclusivament com a màxim (objecte "indirecte") (article 42 del text refós d'ITPiAJD, i consultes vinculants DGT, de 7 d'octubre de 2009 V2239 i d'11 de desembre de 2014), evitant conseqüències que fàcilment es veu que podrien resultar desorbitades;

- en la constitució o cancel·lació de condicions resolutòries en garantia del preu ajornat d'operacions subjectes a IVA, la base imposable és aquest preu ajornat (objecte directe), i no el valor de l'immoble (objecte indirecte).

És raonable pensar que el legislador dona pautes generals a través d'aquestes normes per determinar la base imposable, i no que les concebi com a excepcions.

Sobre aquesta base, hi ha determinats supòsits que han generat dubtes, com es deia, però que s'haurien d'ajustar a aquest criteri general, dels quals cal espigolar:

1) El canvi d'ús i destinació, ja que tot i que fins i tot alguna sentència l'ha considerat no avaluable –com la del TSJ Madrid 21/2/2014, recurs 1450/2010, que va donar la raó al TEAR i que es feia ressò de jurisprudència més antiga, i fins i tot una consulta recent, la V0075-17, perquè considera que l'ús nou ja s'havia reflectit cadastralment i no hi havia canvi de valor cadastral–, si es considerés avaluable, la base de càlcul hauria de ser el valor de les obres d'execució o la diferència de valor acreditada entre l'antic ús i el nou, seguint aquí els criteris jurisprudencials i comentaris del gran Joaquín Zejalbo (DEP) al web "notariosyregistradores.com" publicat sota el títol "Base imponible en los cambios de uso de local/vivienda y viceversa", de data 10/5/2017, en el qual es feia ressò d'una sentència del TSJ d'Andalusia de data 8 de novembre de 2016 que acceptava aquest criteri, seguint el de la DGT a cv 1465-1415.



No obstant això, l'Administració sembla que segueix ancorada en el criteri general de prendre com a base avaluable en aquests casos la del valor de l'immoble, cosa que significa en definitiva gravar una capacitat econòmica diferent de la posada de manifest en l'instrument, prescindint del seu objecte "directe".

2) Les vinculacions *ob rem*, en les quals la DGT havia vingut prenent com a base el valor total de les finques implicades, i no el valor atribuïble a aquesta vinculació en si (consultes V1099 i V1100 de 9 d'abril de 2015).

Cal plantejar-se també el cas oposat, és a dir, el d'una desvinculació, en què assimilar-la a una divisió de finca a efectes tributaris, pagant pel total valor de les dues finques, pot resultar desproporcionat per comparació amb alguns supòsits que presenten analogies i s'esmenten a continuació.

Aquestes vinculacions podrien entendre dins l'àmbit de no subjecció d'aplicar el criteri de l'article 30.3 del text refós, ja que no sembla possible determinar la quantia de la base d'aquest acte concret, que pot entendre actua com una limitació de disposar, encara que també és cert que l'eficàcia *erga omnes* d'algunes vinculacions pot determinar un augment de valor econòmic per als immobles afectats per la seguretat que comuniquen en el trànsit, però en tot cas seria aquest augment de valor el que hauria de fixar-se congruentment per determinar la base imposable.

Una altra línia possible seria fer-ho per referència, quan sigui possible, al valor de la finca accessòria, ja que així s'està acceptant en les vinculacions o desvinculacions d'annexos en el cas de propietat horitzontal, o en el cas particular de desafectació d'element comú, i el seu oposat de conversió d'element privatiu en comú i així ho ha fet la consulta vinculant de la DGT nombre 0894-18, de 6 d'abril, millorant el tractament fiscal amb relació a les consultes abans esmentades.

No obstant això, s'observa també un desplaçament de l'objecte del gravamen, ja que aquestes últimes són operacions d'individualització jurídica per creació o desaparició d'entitats hipotecàries, mentre que en les vinculacions o desvinculacions les finques continuen existint si bé afectades o alliberades de les vicissituds d'altres, i la mutació jurídica real es concreta en aquesta afectació o alliberament, un abast en qualsevol cas de menys profunditats substantiva que la dels casos esmentats, i es pot entendre que es produeix desigualtat de tracte per desproporció (article 31 CE).

3) Canvi del valor de taxació a l'efecte de subhasta hipotecària, un aspecte sobre el qual l'Administració tributària ha basculat en un sentit i altre, havent-se decantat últimament per fer-lo tributable pel valor del saldo pendent més interessos i costes en aquest moment del préstec modificat (ccvv DGT 0338/17 i 1078/2017).

És fàcil apreciar també que aquests canvis del valor de taxació normalment es

referiran a reduccions d'aquest, el que no és fàcil subsumir en una demostració de capacitat econòmica respecte de la situació preexistent, perquè si es referís a un augment de valor, estarà lligat normalment i lògicament a una ampliació del crèdit garantit.

Però en aquest darrer cas, la DGT sembla que es va curar en salut en la seva consulta V1221-14, de 7 de maig, confirmada recentment per la 0016-18, de 9 de gener (que desconeix, per cert, una resolució del TEAC de 10 d'octubre de 2017 en sentit nítidament contrari), fent tributar per AJD, avall que fa baixada!, dues vegades: una per l'ampliació i una altra pel canvi del valor de taxació sobre la base del saldo pendent en aquest moment, cosa que va ser criticada per Miguel Prieto Escudero al seu bloc "Justito el Notario", comentant aquest cas, i també per Josep Maria Vázquez en el seu bloc ja esmentat, que a més es fa ressò d'una resolució de la DGRN de 26 d'octubre de 2017 que ha considerat que el canvi de valor de taxació actua solament en l'àmbit processal i no fa novació de l'obligació garantida ni afecta el rang, *i no requereix la seva modificació el consentiment de titulars registrals posteriors*, cosa que afegeix aquest comentarista que hauria de tenir la seva repercussió fiscal congruent amb aquesta declaració, que hauria de ser la no-subjecció.

Però el criteri d'aquesta resolució és substantivament discutible, ja que aquesta qualificació merament processal del canvi del valor de taxació no sembla tenir en compte que es podrien veure disminuïdes o directament frustrades les expectatives de cobrament dels titulars de càrregues posteriors davant una rebaixa d'aquesta taxació, atesa l'exigència d'uns mínims d'adjudicació en subhasta, almenys en el cas d'execució d'habitatge habitual, d'acord amb els articles 670, 671 i concordants de la LEC.

En tot cas, la DGT ha tornat a canviar de criteri acceptant expressament el de la resolució del TEAC esmentada en consulta vinculant 1914-1918 de 29 de juny, considerant no valuable el canvi del valor de taxació, atribuint-li una significació purament processal, el que té importància a l'efecte del que es desgranarà en l'apartat de inscribibilidad

Un cas diferent, encara que no gaire aliè, és el de fixació en escriptura del valor



de subhasta per a cada finca hipotecada havent estat distribuïda la responsabilitat en instància privada d'acord amb l'article 216 RH, que el TEAC ha considerat no subjecte a resolucions, de 12 de maig de 2009 i 10 d'octubre de 2017, sobre l'argument bàsic que ja va tributar i no suposa una nova convenció.

B.- INSCRIPTIBILITAT

La interpretació que l'Administració ha estat fent d'aquest requisit es troba també a la base de la confusió que ha generat aquest tema.

Això ha vingut per la via, també sembla que interessada, d'assimilar el mer accés al Registre d'una dada o circumstància relativa a un dret real inscrit, a la seva base física, o cal dir que també a aspectes obligacionals en l'àmbit dels préstecs hipotecaris i les seves modificacions, amb el concepte "d'acte o contracte inscriptible que tingui per objecte (directe) quantitat o cosa avaluable" que exigeix l'a 31.2.TRITP i AJD.

En definitiva, la confusió de la part amb el tot.

El contingut del RP, el més transcendent en la pràctica, està taxat legalment: són els actes i contractes (i es pot veure aquí el seu mirall en AJD) relatius al domini i a altres drets reals sobre immobles, ex a 1.1 i 2 LH.

Una altra cosa diferent són les circumstàncies de la inscripció a què fan referència els articles 9LH i 51 RH, necessàries perquè aquells actes o contractes es recullin tabularment, i que serveixen fonamentalment al principi de determinació.

Paral·lelament, la llei indica que no és accessible a taules, ex a 98LH, 9 i 51.6RH.

Sintèticament: el RP té un contingut propi i específic, que són les mutacions juridicoreals, que afecten la base física d'un dret real ja inscrit o el dret real objecte del títol, concretades en:

- constitució o transferències dels drets reals;

- delimitacions dels objectes susceptibles d'aquestes transferències, fonamentalment per modificacions en la seva individualitat, a l'efecte de la seva negociació separada o no en el trànsit, tant sigui per perdre-la o guanyar-la, o bé per alterar-la, com passa

per exemple en una declaració d'obra nova, supòsit que té subjacent una manera d'adquirir originària, com és l'accessió (article 609 del Codi Civil);

- i prioritats, enteses *latu sensu*, la principal aplicació en matèria hipotecària és el rang, que cal recordar que té valor econòmic.

Doncs bé, hi ha base per entendre que AJD grava exclusivament les mutacions juridicoreals que poden accedir al registre i tenen un objecte directe avaluable: només cal parlar aleshores d'actes o contractes inscriptibles".

Es podrien distingir per tant els continguts del títol següents:

- 1) Aspectes irrellevants a efectes del registre, com són en principi els obligacionals.

- 2) Aspectes que poden accedir de forma vicària o accessòria, que serveixen al principi de determinació registral, el qual es refereix sempre al dret real o la seva base física i en permeten la identificació i la individualització, però que generaran tan sols efectes instrumentals relacionats amb la mera publicitat-notícia, transparència, processals i certa oposabilitat. Aquí podria utilitzar la paraula "transcripció" dels continguts del títol.

Per exemple, l'article 682 de la LEC, després de referir-se a la necessitat de consignar en l'escriptura de constitució d'hipoteca taxació i domicili diu en l'apartat

3r: "El registrador ha de fer constar en la inscripció d'hipoteca les circumstàncies a què es refereix l'apartat anterior". O l'article 5 de la llei 2/1994 que distingeix entre mutació juridicoreal (la subrogació activa a favor del nou creditor) i les circumstàncies de la nota marginal en què es plasma, entre les quals es troben "les noves condicions pactades del tipus d'interès, del termini, o de tots dos".

- 3) Mutació juridicoreal, que serà aquest "acte o contracte inscriptible", per implicar un dret real sobre un immoble, considerat en la seva unitat, un contingut que comporti en potència una possible alteració de rang hipotecari, o una modificació de l'immoble, avaluable directament, i l'accés a registre del qual li concedeixi un plus de protecció. Aquí és on pròpiament es pot parlar "d'acte o contracte inscriptible", i això independentment que es faci constar a través d'un assentament d'inscripció, anotació o nota marginal.

La principal confusió a la qual s'al·ludia abans es produeix aquí, igualant a l'acte o contracte inscriptible, aquesta mutació juridicoreal avaluable directament, amb aspectes transcripcionals del títol o amb el que la mateixa llei diu "circumstàncies" de la inscripció, i que només es poden prendre del títol.

És possible trobar així una explicació congruent que permeti guiar-se en la interpretació de la norma i eviti criteris dispars i contradictoris, reprenent un camí recte sobre el que el legislador un



dia va voler o va tenir en ment, en un món tècnic i jurídic més coherent que l'actual, on s'ha anat produint sense pressa, però sense pausa una inflació progressiva del contingut del Registre que ha passat a recollir no solament mutacions juridicoreals, sinó també aspectes processals i altres relacionats amb una voluntat de transparència que en molts casos resulta més efectista que real.

Aquest esquema, però, i entrant ja en el món dels préstecs hipotecaris i les seves modificacions, s'ha d'adaptar fonamentalment per raó del caràcter accessori de la hipoteca a l'obligació garantida de la qual depèn en tot moment.

És per això que es recullen a l'assentament d'inscripció del dret real d'hipoteca les "circumstàncies" identificatives relatives al deute en els termes de l'article 12 de la Llei hipotecària, a la qual queda lligada, encara que la Llei 41/2007 flexibilitzi alguns aspectes de la relació que hi havia fins en aquell moment entre crèdit i hipoteca, com en el cas de l'anomenada hipoteca flotant de l'article 153 bis LH i singularment pel que fa a l'admissibilitat de l'anomenada hipoteca recarregable, que ha suscitat un gran debat doctrinal a favor i en contra a causa de la confusa nova redacció de l'a 4 de la Llei 2/1994, encara que amb diferents modulacions en relació amb el rang, dubtes que va pretendre superar la resolució DGRN, de 14 de maig del 2015.

L'actual article 12LH, modificat per la Llei 41/2007, comença dient simplement que en les "inscripcions del dret real d'hipoteca" s'ha d'expressar l'import del principal del deute, i si és el cas, el dels interessos pactats, o l'import màxim de responsabilitat hipotecària, identificant les obligacions garantides, cosa lògica per exigència del principi de determinació registral.

Aquest precepte es limita a distingir entre una hipoteca ordinària, l'efecte de fe públic de la qual arriba al crèdit perfectament determinat, i una hipoteca de seguretat, en què això no és així i no està subjecta a l'article 144 de la LH i el seu desenvolupament reglamentari, l'article 240 RH, ja que la determinació del deute garantit per tots o alguns conceptes no es produeix *ab initio*, sinó posteriorment per mitjans extraregistrals.

Aquesta dada és important si es té en compte que la immensa majoria de

novacions hipotecàries s'ha practicat en relació amb préstecs o crèdits amb interessos variables, configurades com hipoteques de seguretat. Cal observar que, en tractar-se d'hipoteca de seguretat, l'article 12 LH no fa referència als interessos efectius com a objecte d'inscripció, sinó només al seu màxim, i cal afegir que, si és el cas, poden no garantir-se, com s'ha indicat, i aquí s'observa la nota d'autonomia d'AJD, que grava el dret real i no el crèdit.

El principi de determinació registral invocat es refereix al dret real inscrit i només mediatament i al servei d'aquest, a l'obligació subjacent:

- En una hipoteca ordinària o de trànsit, si hi ha uns interessos pactats fixos garantits i després es modifiquen, es modificarà normalment la responsabilitat hipotecària (o no, perquè podrien no quedar garantits); si es modifica alterant la responsabilitat hipotecària i, per tant, potencialment la preferència que comporta, la subjecció a AJD de la modificació tindrà sentit, tot i que encara podria discutir quina en seria la base, que sembla lògic que hauria de ser la diferència operada per la modificació i sempre que suposi ampliació de responsabilitat hipotecària per aquest concepte, ja que en una reducció s'entraria en un terreny cancel·latori, discussió actualment no operant ja que totes les novacions d'interès estan exemptes.

El principi de determinació registral invocat es refereix al dret real inscrit i només mediatament i al servei d'aquest, a l'obligació subjacent.

No podem oblidar que el que es pot fer indirectament s'hauria de poder fer directament: es podria cancel·lar la responsabilitat per interessos inicials o per costes, per exemple, i atorgar sense solució de continuïtat un document nou que afecti només els interessos garantits o costes, i aquí la base d'AJD hauria de ser només, com a màxim, el que es garanteix en aquest document, que és autònom i immanent.

- Però en una hipoteca de seguretat, la modificació d'interessos dins els màxims de responsabilitat hipotecària no l'alterarà, ni la preferència potencialment cridada a

obtenir, que és el benefici que justifica la tributació.

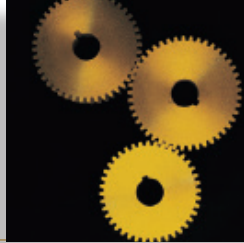
Aquesta modificació d'interessos dins el màxim en hipoteca de seguretat no afectarà un tercer si és a la baixa (al contrari, el beneficia) i, si és a l'alça, suposarà un suposat tàcit de recàrrec sense pèrdua de rang ja admès des d'antic en el nostre dret.

Recàrrec que no planteja problemes en les hipoteques de seguretat, ja siguin flotants del 153 bis LH o en garantia de crèdits, siguin o no en compte corrent; així, les segones disposicions dels anomenats crèdits oberts no es documenten normalment en escriptura, però queden emparades per la preferència de la responsabilitat hipotecària inscrita inicialment sempre que el saldo per tots els conceptes es determini en la forma prevista legalment i d'acord amb el títol executiu.

En no generar-se cap benefici suplementari en aquests supòsits, és lògic que tributin, encara que es pugui fer constar una modificació dels interessos en el registre?

Més controvertit podria ser en el cas d'hipoteca de trànsit el tractament tributari d'un recàrrec dins el límit inicial de responsabilitat hipotecària que no ampliés el termini (en un altre cas perd rang, segons RDGRN, de 14 de maig de 2015) supòsit poc freqüent en la pràctica, ja que es tendirà normalment a ampliar el termini per facilitar la devolució del préstec, atès que des del punt de vista d'AJD es podria alterar potencialment el rang per una ampliació de termini posterior, i això és suficient per provocar-ne la subjecció (el contingut del document porta amb si aquesta potencialitat) i no només quan impliqui alteració de rang efectiva com sembla prevenir l'article 4.3 LSMFH. Es podria entendre en aquests casos que l'expressió que utilitza aquest precepte "en els dos supòsits", no es refereix a increment de responsabilitat o ampliació de termini perquè es prengui raó del recàrrec per nota marginal, sinó al fet que és indiferent que s'alteri o no el rang en aquest moment, ja que potencialment podria tenir lloc amb posterioritat, implicant una mutació juridicoreal.

Després de la Llei 41/2007, el paràgraf segon de l'esmentat article 12 LH va introduir l'accés al registre, per



"transcripció" –es va anar amb compte d'utilitzar la paraula "inscripció"–, de les clàusules de venciment anticipat i altres clàusules financeres dels préstecs hipotecaris subjectes a la Llei 2/1981 de mercat hipotecari per al cas d'inscriure's "les de transcendència real", cosa que implica que el mateix legislador no les concep pròpiament com a tals.

Els dubtes interpretatius sobre aquesta "transcripció" i la funció del registrador (automatisme vs qualificació) en relació amb aquestes clàusules van ser objecte de debat que va tractar de dissipar la Resolució de la DGRN, de 16 d'agost de 2011, que fins i tot va considerar, a aquest efecte i, si és el cas, tàcitament derogat l'article 51.6è del RH (cosa que implica reconèixer-ne les obligacionals); així, el fet d'incorporar aquestes clàusules al Registre es va supeditar exclusivament al fet que no hagin estat declarades nul·les judicialment, contràries a norma imperativa/prohibitiva, o siguin abusives, d'acord amb la seva normativa específica, criteri bàsicament confirmat per la sentència del TS, sala 1a, de 13 de setembre de 2013.

Són continguts que caurien en aquest segon grup de circumstàncies de la inscripció, accessibles per raons de transparència o processals, però que no tindrien mai objecte directe avaluable i, si es gravés a través d'una interpretació literal del terme "inscripció", el l'objecte directe del gravamen s'estaria desplaçant; addicionalment, no alteren la responsabilitat hipotecària i el que provoquen és tan sols un efecte de transparència a l'efecte de l'execució, ja que la preocupació del legislador de 2007 va acabar sent evitar clandestinitat en l'execució per raó d'excepcions no conegudes de tercers.

Això sens dubte crida l'atenció, si tenim en compte que aquestes clàusules han de partir sempre d'un títol executiu, normalment l'escriptura pública, atorgada amb totes les garanties de seguretat jurídica.

La nova redacció dels articles 12 i 258-2 de la Llei hipotecària prevista pel Projecte de llei de contractes de crèdit immobiliari, transposant la legislació comunitària (Directiva UE 2014/17), sembla que confirma i amplia aquesta visió, i estableix clarament la qualificació registral de les clàusules de venciment anticipat i

altres clàusules financeres en préstecs hipotecaris.

Però cal advertir que aquest camí és diferent dels objectius primigenis dels avantprojectes de la Llei 41/2007, que buscava una simplificació de l'execució hipotecària, evitant qualificacions discordants, i establir un principi general d'integració extraregstral de l'execució (que no extranotarial) que va passar a millor vida en el text final; l'article 130 LH al·ludeix, en el cas d'execució ordinària, a aquells continguts esmentats en el títol "que s'hagin fet constar en l'assentament respectiu", i que només pot tenir una significació processal, en contra del que opina algun sector registral que ha entès que aquest precepte dona base per a dir que tot aspecte novatori obligacional hauria d'accedir al registre, quan la gènesi del precepte i el seu precedent abonen la interpretació contrària.

Però és important destacar que aquesta integració extraregstral de l'execució segueix existint per descomptat per a les hipoteques de seguretat, i que la determinació del quàntum reclamable pels diferents conceptes atén sempre documents que despleguen els seus efectes extraregstralment, i no només en aquest àmbit del quàntum reclamable per execució, sinó també per a la determinació de l'import de càrregues anteriors (article 657 LEC) o en matèria de responsabilitat hipotecària per costes, que funciona sempre com una "mini" hipoteca de seguretat, ja que el seu import concret mai no té lloc per relació amb el contingut del registre.

D'això d'abans es pot recollir que l'abast de l'accés al registre d'alguns continguts de les novacions hipotecàries modificatives és relatiu, però tot sembla indicar que l'Administració, desfermada la crisi (per a més inri), va veure un filó per explotar i, en aquest sentit, resulta il·lustratiu observar el camí pel qual va arribar a la conclusió que modificar les comissions o el sistema d'amortització d'un préstec tributa per AJD:

a) primer moment: abans de la Llei 2/1994

La novació d'un préstec hipotecari subjecte a IVA només generava liquidació per AJD si tenia transcendència real, relacionada amb una modificació de responsabilitat hipotecària, com s'ha apuntat anteriorment, i així ho havia

reconegut la mateixa DGT en diverses ocasions.

b) segon moment: la Llei 2/1994 introdueix una norma congruent amb la finalitat de la llei d'incentivar les subrogacions actives a l'empara d'aquesta per declarar exemptes aquestes operacions, cosa lògica perquè les que no es van fer per aquesta via sinó per la general del 1211 cc –la qual cosa segueix sent perfectament possible– queden subjectes, ja que es produeix una transferència inscripció de la titularitat del crèdit hipotecari a favor del nou creditor, sense consentiment del primitiu.

Però després, en el seu article 9, va declarar exemptes d'AJD les novacions de préstecs tipus d'entitats per modificació d'interès, termini o ambdues.

Així, sense avisar, sembla que va pressuposar, sense declaració legal prèvia, que en realitat estaven subjectes les modificacions d'interessos, procediment de declaració d'exempció que ha utilitzat almenys en dues ocasions: en el RDL 6/2012 per a deutors hipotecaris sense recursos i en una altra Llei 17/2014 de reestructuració de deutes empresarials per quitaments en acords de refinançament o extrajudicials de la Llei concursal.

Però si bé això podria ser correcte en relació amb una ampliació de termini en general, o als interessos en una hipoteca de trànsit, resulta no ajustat a una hipoteca de seguretat si no es modifica, ampliant-la, la responsabilitat hipotecària per interessos si ens atenim a les raons apuntades.

En realitat, es pot interpretar que el que deia la llei és que estaven "exemptes" les que estiguessin "subjectes".

c) tercer moment: la Llei 41/2007 va modificar de nou l'article 4 de la Llei 2/1994, indicant que la novació de préstec hipotecari es pot referir a una o a diverses de les circumstàncies següents: ampliació o reducció de capital, termini, interès, sistema d'amortització i altres condicions financeres, prestació o modificació de garanties personals.

Però el que és decisiu, a la vista d'un informe de la DGT del Ministeri de data infausta de 12 d'abril de 2010, i seguit amb zel draconianer per les CCAA, és que, com que aquest article no havia modificat l'article



9 de la Llei 2/1994 que només comprenia interès i termini com modificacions exemptes, la resta de supòsits no estaven exemptes (i ni tan sols interès i termini tractant-se de crèdits hipotecaris, cosa que després es “va arreglar”), per una aplicació grollera de la regla llatina *inclusio unius est exclusio alterius*, la qual cosa resulta inacceptable, ja que hi ha almenys un supòsit en aquesta llista, la prestació o modificació de garanties personals, que mai no està subjecta a AJD, ja que no poden inscriure's *per se*.

En conclusió s'ha passat per via indirecta a subjectar supòsits que el legislador mai no va preveure en el seu esperit i finalitat.

Només, considerant el fonament teleològic de l'impost, si aquestes modificacions impliquessin una alteració de responsabilitat hipotecària o una potencial de rang se'n podria plantejar la subjecció, ja que entrarien en la categoria de mutació jurídica real.

Però la liquidació per AJD actual d'aquestes novacions també resulta nova i original, ja que des de fa un temps, i com s'ha comentat abans, es realitza per relació amb el saldo pendent en aquell moment del préstec modificat, cosa que és absolutament estranya a la configuració tècnica de l'impost, separada de les seves vicissituds concretes (immanència), confon crèdit amb garantia, i suposa un desplaçament de l'objecte directe del gravamen, que és la modificació operada.

I a més és aliena a pronunciaments legals, ja que la Llei fixa un criteri específic pel que

fa a AJD, per als negocis relatius al rang, i es refereix sempre a la responsabilitat hipotecària inscrita (article 30 TR), mentre que aquí s'opta per un criteri que podria ser ben bé extratítol, ja que el saldo pendent només ha aparegut en les escriptures per via aranzelària, sense que cap precepte de la Llei Hipotecària obligui en matèria de novació (no així per a una subrogació activa) la seva consignació registral.

En aquest àmbit de les alteracions de rang s'observa clarament que el document gravat està destinat a inscriure i obtenir un efecte jurídic real relacionat amb la preferència crida a concedir almenys en potència, i que és independent del saldo definitiu que resulti en cas d'incompliment del deute; l'admissió del sistema de recàrrec d'hipoteca en les ordinàries o de trànsit sense pèrdua de rang opera així mateix en contra d'aquest criteri contingut del saldo pendent a efectes impositius.

Resulta curiós, per acabar, que el criteri de saldo pendent hagi sortit a la palestra quan les cancel·lacions d'hipoteca ja gaudien d'exempció, i no abans, tot i que caldrà estar expectants al moment en què s'invoqui aquest mateix criteri per cancel·lar una condició resolutòria en garantia d'un preu ajornat pagat íntegrament.

En definitiva, la introducció del concepte “saldo pendent” realitzada per l'Administració per determinar l'avaluabilitat de l'acte més aviat es pot qualificar aliena a l'alta tècnica configuratòria de l'impost; es podria dir que l'impost “no s'ho mereix”.

En aquest àmbit de les alteracions de rang s'observa clarament que el document gravat està destinat a inscriure i obtenir un efecte jurídic real relacionat amb la preferència crida a concedir almenys en potència, i que és independent del saldo definitiu que resulti en cas d'incompliment del deute.

A la vista de tot això, és raonable entendre que les clàusules financeres “transcriptibles” que poden accedir al Registre són més aviat aspectes o “circumstàncies de la inscripció”,

però no la inscripció mateixa, la qual recull el dret real en la seva unitat, i no el crèdit que el sustenta, i la subjecció a AJD de la primera còpia notarial que les documenta, sigui per la base de la responsabilitat hipotecària preexistent o sigui pel saldo pendent, desplaça l'objecte del gravamen, i, segons el seu contingut, pot deixar sense aplicació l'article 30.3 del TR.

Una cosa que no sembla importar a la cv DGT 459/2017 que, filant encara més prim, diu que la novació d'un préstec/ crèdit hipotecari no s'ha de referir a la responsabilitat hipotecària inscrita (la qual cosa és certa) per, a continuació, gravar-la per la base d'aquesta.

Sembla més clara i ajustada a la tècnica de l'impost la consulta de la DGT valenciana de 31 de maig de 2012 que va declarar *no subjecta a AJD* l'escriptura de novació d'un crèdit en compte corrent garantit amb hipoteca que reduïa el límit de disponibilitat sense modificar venciment ni màxim de responsabilitat hipotecària, *ja que no afecta la garantia hipotecària*.

Un criteri que es podria aplicar lògicament a una modificació d'interessos que no alteri la responsabilitat hipotecària.

CONCLUSIÓ

Tota aquesta interpretació, es dirà, obliga a determinar el caràcter “d'inscriptible” dels actes o contractes en termes tècnics i jurídics, i a qualificar-ne el contingut per les oficines liquidadores, però així es fa també per a qualsevol tipus de transmissió, i així es desprèn de l'a.2TR.

I és que l'article 2 de la Llei hipotecària, en consagrar un sistema de *numerus apertus*, provoca congruentment que el TRITP i AJD deixi oberta la imposició a figures o drets no coneguts que tinguin caràcter real, si bé és cert que algunes modificacions voluntàries de finques o drets inscrits de contingut avaluable, que no constitueixen pròpiament un dret real, com els canvis d'ús o destinació, es pugui interpretar que compleixen el requisit d'inscriptibilitat, substantivitat que podria predicar també de l'escriptura pública de recàrrec d'hipoteca.

És clar, en tot cas, que la Llei de l'ITP i AJD de 1980, i el seu precedent el D. 1018/1967 que va crear l'impost d'AJD



per refosa d'altres figures impositives i va ser autor de la dicció "actes o contractes que tinguin per objecte directe quantitat o cosa avaluable" que va passar incòlume a la Llei vigent, no pensava en la "transcriptibilitat" o no, de certes clàusules, i que buscava una seguretat jurídica per a l'interpret, ja que en definitiva no es pot fer dependre l'aplicació del gravamen al criteri individual de cada registrador: la qualificació o no d'una clàusula financera o de venciment anticipat determinada, inserida en una novació com accessible al registre, i això és una cosa que precisament volia evitar la Llei 41/2007, i així ho deia en la seva exposició de motius, provant d'agilitar alguna cosa que sembla haver passat a millor vida considerant el Projecte de Llei de contractes de crèdit immobiliari.

Per concloure ja, el fet d'introduir una modificació en el crèdit garantit, com el sistema d'amortització, una causa de venciment anticipat, o determinades

clàusules financeres, totes elles relatives al crèdit, o una altra circumstància no avaluable del dret real d'hipoteca inscrit, no hauria de generar liquidació per AJD, tant per no tenir aquestes modificacions per objecte directe quantitat o cosa avaluable, o manera de determinar-la, ex a. 30.3 TR, com per no ser inscriptibles en els termes en què el legislador va idear l'impost.

En tot cas, convé apuntar que el TS ha dictat en data 9 d'abril de 2018 un acte d'admissió del recurs 5580/2017 pel qual fixarà jurisprudència pel que fa al contingut valuable de novacions hipotecàries en què es modifiqui alguna cosa diferent a termini o tipus d'interès.

Sense oblidar que la raó subjacent de fer una novació d'un préstec/crèdit és, *prima facie*, la manca de liquiditat i el desig d'evitar despeses; despeses, impostos inclosos, que no és impossible que puguin absorbir la totalitat de l'avantatge concret pretès amb la modificació, generant llavors una confiscació

en la pràctica d'aquest avantatge, i cal recordar que l'article 31 de la CE invocat pel TC per a les plusvàlues municipals estableix, juntament amb la capacitat econòmica, el caràcter no confiscatori del sistema tributari, cosa que tampoc no s'ha d'interpretar en el seu conjunt, sinó en relació amb cada impost i la seva aplicació concreta.

Tot això no seria estrany que generi una futura litigiositat que sembla miraculós que no s'hagi desencadenat encara en aquests temps regirats de clàusules sòl i despeses diverses que, si prospera en sentit favorable al ciutadà, desencadeni una intensa activitat per devolució d'ingressos indeguts no prescrits, de la qual hi ha una experiència recent i actual, en relació amb l'esmentada plusvàlua municipal i amb la declaració pel TJUE de manca d'igualtat de tracte de la Llei espanyola en alguns supòsits d'herències relatives a no residents comunitaris, i estesa molt recentment pel Tribunal Suprem a no residents extracomunitaris.

Sentències del Tribunal Suprem

Datades des d'abril a juliol de 2018

Redacció Lefebvre-El Derecho

SUBVENCIONS

Control de l'Estat de subvencions en una Comunitat Autònoma. Base de Dades Nacional de Subvencions

Ref. EDE: 2018/503089, STC Ple de 12 d'abril 2018, rec. 3447/2015, Ponent: Sr. Ricardo Enríquez Sancho

RESUM: Inconstitucionalitat del control de l'Estat de les subvencions de Catalunya a través de la Base de Dades Nacional de Subvencions. El Ple del TC ha estimat parcialment el recurs presentat per la Generalitat de Catalunya contra l'incís de l'article "per conducte" de la Base de Dades Nacional de Subvencions de la Llei general de subvencions. La Generalitat qüestionava la ingerència d'un òrgan estatal, com la Base de Dades, en la tramitació de les convocatòries de les subvencions de la Generalitat. Aquest control es produïa a través de la intermediació necessària d'aquest òrgan "per conducte" i se li havia de donar trasllat d'un extracte de la convocatòria del diari oficial corresponent per a la seva publicació, de manera que no es podia fer si no es procedia d'aquesta manera (FJ 11).

ITER PROCESSAL: La Sala estima parcialment el recurs d'inconstitucionalitat interposat i declara la inconstitucionalitat d'alguns incisos de les Lleis 15/2014, de 16 de setembre, de racionalització del sector públic i altres mesures de reforma administrativa; Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions. D'altra banda, l'art. 23, que canvia la redacció de l'art. 32.4 Llei 10/1990, de 15 d'octubre, de l'esport, no és inconstitucional interpretat segons els termes del fonament jurídic 3 f), en el sentit que no es refereix exclusivament a les competicions oficials de

l'àmbit estatal. Declara que l'art. 30, apartats 7 i 9 Llei 15/2014, de 16 de setembre, de racionalització del sector públic i altres mesures de reforma administrativa (arts. 62.3 i 66.4 Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions) no són inconstitucionals si s'interpreten segons els termes del fonament jurídic 12 b), en el sentit que les multes coactives no es poden imposar a les comunitats autònomes.

Denegació d'incentius regionals. Error en l'apreciació dels fets

Ref. EDE: 2018/64829, STS Sala 3a, Sec. 3a de 4 de maig 2018, rec. 4870/2016, Ponent: Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

RESUM: Sol·licitud d'incentius regionals. El TS estableix que, per concedir incentius regionals, els Serveis Tècnics de la Direcció General de Fons Comunitaris han d'analitzar, de manera contrastada, tota la documentació escrita i gràfica aportada amb la sol·licitud, amb la finalitat que el Consell Rector d'Incentius Regionals pugui facilitar correctament el projecte inversor, abans d'eleva la proposta de resolució a la Comissió Delegada del Govern (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El TS estima parcialment el recurs interposat contra l'acord denegatori de la sol·licitud d'incentius regionals pel projecte d'inversió presentat per la mercantil recurrent, per no ser conforme a dret. Considera que s'ha incorregut en un error en l'apreciació dels fets, en entendre que, el projecte tenia per objecte la construcció d'un nou aparthotel, ja que ha quedat acreditat que, després d'un examen acurat de les proves, es tracta de la construcció d'un hotel de cinc estrelles.



CONSUMIDORS I USUARIS

Reclamació per retards i cancel·lacions de vols per vagues de personal de l'aerolínia

Ref. EDE: 2018/39941, STJUE Sala 3a de 17 d'abril 2018, C-195/17, C-197/17 a C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 a C-286/17 i C-290/17 a C-292/17

RESUM: Reclamació per retards i cancel·lacions de vols per vagues de personal de l'aerolínia. No es tracta d'una circumstància extraordinària. EL TJUE ha declarat que els retards i les cancel·lacions de vols per vagues de personal de l'aerolínia es poden reclamar. L'absència espontània d'una part important del personal de navegació d'una aerolínia no és una "circumstància extraordinària" que les eximeixi d'indemnitzar els passatgers afectats (FJ 29-49).

ITER PROCESSAL: Les peticions de qüestió prejudicial tenen per objecte la interpretació del Reglament del Parlament Europeu de l'art. 5.3, del Reglament (CE) n. 261/2004 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de febrer de 2004, pel qual s'estableixen normes comunes sobre compensació i assistència a altres passatgers aeris en el cas de denegació d'embarcament i de cancel·lació o gran retard dels vols, i es deroga el Reglament (CEE) n. 295/91 (DO 2004, L 46, p. 1). Aquestes peticions s'han presentat en el context d'una sèrie de litigis entre diversos passatgers i un transportista aeri, en relació amb la negativa d'aquest últim d'indemnitzar-los pel retard o la cancel·lació que van patir els seus vols.

Condicions generals de la contractació. Banca. Clàusules abusives

Ref. EDE 2018/19897, STS Sala 1a de 15 març 2018, rec. 1211/2017, Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres

RESUM: Consumidors. Condicions generals de la contractació. Banca. Clàusules abusives. Contracte de préstec amb garantia hipotecària. Subjecte passiu. ITP i AJD. El TS declara que és nul·la per abusiva la clàusula que atribueix el pagament de totes les despeses i impostos d'aquest contracte al prestatari indiscriminadament i sense distinció. En relació amb el pagament de l'impost de transmissions patrimonials i actes jurídics documentats estableix que, respecte de la constitució de l'hipoteca en garantia d'un préstec, el subjecte passiu del ITP i AJD és el prestatari. En relació amb el pagament del IAJD, respecte al dret de quota variable en funció de la quantia de l'acte o negoci jurídic que es documenta, serà subjecte passiu el prestatari. Respecte al dret de quota fixa per AJD del timbre dels folis en paper exclusiu per ús notarial en els quals es redacten les matrius i les còpies autoritzades, s'ha de distingir entre el timbre de la matriu i el de les còpies autoritzades. Respecte de la matriu, correspon al prestatari l'abonament de l'impost, tret dels casos en què hi hagi un pacte entre les parts sobre la distribució de les despeses notariales i registrals on també es distribuirà el pagament de l'impost per la matriu. Mentre que, respecte de les còpies, s'haurà de considerar subjecte passiu qui les demani. Estableix que les primeres còpies d'escriptures notariales que documentin la cancel·lació d'hipoteques de qualsevol classe estan exemptes del gravamen gradual de la modalitat AJD que grava els documents notariales (FJ 5 i 6).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar parcialment la demanda interposada per un client contra una entitat bancària per abusivitat i falta de transparència. En segona instància s'estima parcialment el

recurs d'apel·lació declarant nul·la una part del contracte de préstec i es condemna el banc a indemnitzar el client. El TS estima parcialment el recurs de cassació en allò que fa referència al pagament de l'impost de transmissions patrimonials i actes jurídics documentats.

MARQUES

Propietat intel·lectual

Ref. EDE: 2018/92450, STJUE Gran Sala de 12 juny 2018, n. C-163/2016

RESUM: Propietat intel·lectual. El TJUE avala com a marca el color vermell de les soles de les sabates de Louboutin. El TJUE ha recolzat el registre, com a marca europea, del color vermell de les soles que distingeix les sabates de la firma de luxe Louboutin, que havia acudit a la justícia per prohibir l'ús d'aquest distintiu per part d'un venedor holandès. No es pot considerar que un signe com el del litigi principal estigui format "exclusivament" per la forma quan, com passa en aquest cas, el seu objecte principal és un color determinat mitjançant un codi d'identificació internacionalment reconegut (FJ 19-27).

ITER PROCESSAL: Es planteja una petició de qüestió prejudicial pel Tribunal de Primera Instància de la Haia, Països Baixos, en el procediment entre dues mercantils fabricants de calçat que té per objecte la interpretació de l'art. 3.1, lletra e), incís iii), de la Directiva 2008/95/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 22 d'octubre de 2008, sobre l'aproximació de les legislacions dels Estats membres en matèria de marques. La Sala dona la raó al demandant en recolzar el registre com a marca distintiva d'un color.

Propietat industrial. Aplicació de la Llei de marques espanyola en acció reivindicatòria de marca comunitària

Ref. EDE 2018/7408, STS Sala 1a de 14 febrer 2018, rec. 484/2014, Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres

RESUM: Acció reivindicatòria sobre marca comunitària. Aplicació de la Llei de marca espanyola. El TS permet, amb el plantejament previ d'una qüestió prejudicial al TJUE, reivindicar una marca comunitària aplicant la Llei de marca espanyola. Tret del cas de registre no consentit per part de l'agent o representant, no hi ha cap obstacle per aplicar una norma nacional com l'art. 2.2 Llei de marca espanyola, a través del qual una persona perjudicada pel registre d'una marca, sol·licitat amb frau dels seus drets o violant una obligació legal o contractual, pot reivindicar la propietat d'aquesta marca (FJ 3).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda en la qual s'instava la titularitat de la marca comunitària. En segona instància s'estima parcialment el recurs d'apel·lació i s'admet la titularitat de la marca comunitària. El TS desestima el recurs de cassació confirmant el pronunciament de segona instància.

MATRIMONI

Capacitat d'obrar. Nul·litat per incapacitat del atorgant

Ref. EDE 2018/20677, STS Sala 1a de 15 març 2018, rec. 3487/2016, Ponent: Sra. María de los Ángeles Parra Lucán

RESUM: Matrimoni. Capacitat d'obrar. Nul·litat per incapacitat de l'atorgant. El TS considera que, tot i que amb la incapacitació



Sentències

desaparegui la presumpció de capacitat dels majors d'edat, els incapacitats i les persones que, sense estar incapacitades, pateixin alguna discapacitat que, a altres efectes, els impedeixi governar-se a si mateixes, puguin donar el seu consentiment matrimonial poden celebrar un matrimoni vàlid. La discapacitat intel·lectual, per si mateixa, no determina la falta de consentiment matrimonial ni, com a conseqüència d'això, la nul·litat del matrimoni. La presumpció de capacitat per prestar consentiment matrimonial no ha quedat suficientment desvirtuada (FJ 3 i 4). Es va formular un vot particular.

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar la demanda de nul·litat interposada per les dues filles, declarant nul el matrimoni per la invalidesa del consentiment del seu pare. En segona instància es va desestimar el recurs d'apel·lació interposat per l'esposa. El TS estima el recurs de cassació de l'esposa en no haver quedat suficientment desvirtuada la presumpció de capacitat.

Pactes prematrimonials vàlids, no afecten l'ordre públic

Ref. EDE 2018/89390, STS Sala 1a de 30 maig 2018, rec. 1933/2017 Ponent: Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUM: Pactes matrimonials. Validesa. El TS entén que els pactes prematrimonials no són contraris a l'ordre públic i que preserven la igualtat, llibertat i dignitat de l'esposa. Lluny de considerar-se com una submissió a l'espòs o prevalença del marit, el que es posa de manifest és una relació de confiança en què l'esposa és beneficiària de prestacions (FJ 7).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar parcialment la demanda i va acordar la dissolució del matrimoni i la fixació d'una prestació compensatòria per a la dona. En segona instància es va estimar el recurs i es fa refusar la prestació compensatòria. El TS desestima el recurs de cassació.

Modificació de mesures matrimonials. Impossibilitat de canvi de residència a l'estranger del progenitor custodi

Ref. EDE 2018/511662, STS Sala 1a de 27 juny 2018, rec. 2433/2017, Ponent: Sr. José Antonio Seijas Quintana

RESUM: Modificació de mesures: canvi de residència i canvi de custòdia. Protecció de l'interès superior del menor. El TS denega el canvi de residència a l'estranger del progenitor custodi i dels dos fills menors, ja que a través d'informes pericials s'acredita que, per als fills, és inadequat per tots els canvis que comporta i pel deteriorament que afectaria la relació paterno-filial. El trasllat a l'estranger del progenitor custodi només pot ser autoritzat judicialment en benefici i en interès dels fills menors (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda en què el progenitor demanava autorització judicial per canviar la seva residència a l'estranger, conservant la custòdia. L'Audiència va confirmar el pronunciament de primera instància i va desestimar el recurs d'apel·lació. El TS desestima el recurs de cassació en interès el menor.

SUCCESSIONS

Marmessor-comptador: actuacions; partició hereditària: liquidació prèvia de la societat de guanys

Ref. EDE 2018/54812, STS Sala 1a de 25 abril 2018, rec. 2767/2015, Ponent: Sra. María de los Angeles Parra Lucán

RESUM: Successió. Marmessor-comptador: actuacions; partició hereditària: liquidació prèvia de la societat de guanys. Legitimació activa contra la partició: doctrina dels actes propis. El TS determina que quan la societat de guanys es dissol per la defunció d'un cònjuge, la liquidació de la societat és un acte previ i necessari per fixar la massa partible i, si no és procedeix d'aquesta manera, en la majoria de casos es produirà la nul·litat de la partició. El TS manifesta els diferents casos en què es considera vàlida la liquidació extrajudicial de la societat, tenint en compte la concurrència de consentiments i designacions i, sobre aquesta base, no aprecia la legitimitat activa per l'exercici de l'acció en contra de la partició, i s'aprecia una renúncia d'aquest dret en aplicació de la doctrina dels propis actes (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda de petició de nul·litat de clàusules testamentàries. En segona instància també es va desestimar el recurs d'apel·lació. El TS va desestimar el recurs de cassació i va confirmar la sentència apel·lada.

Impost de successions

Ref. EDE 2018/26735, STS Sala 3a de 21 març 2018, rec. 132/2017, Ponent: Sr. Ángel Aguillo Avilés

RESUM: Impost de successions. Reducció. El TS considera que no hi ha contradicció entre les sentències enfrontades, i confirma la sentència que va denegar la reducció de la base de l'impost respecte del lloguer, ja que aquesta activitat no es fa de manera personal, habitual i directa (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El TSJ desestima el recurs contra la resolució TEAR que va estimar parcialment una reclamació econòmica-administrativa i anul·la l'acte impugnat i ordena realitzar una nova comprovació de valors. El TS desestima el recurs de cassació d'unificació de doctrina i confirma la sentència.

Incompliment d'una condició testamentària suspensiva de cura del causant

Ref. EDE 2018/87640, STS Sala 1a Ple de 30 maig 2018, rec. 3049/2015, Ponent: Sr. Francisco Javier Orduña Moreno

RESUM: Successions. Institució d'hereu: submissió a condició suspensiva de cura. Diferència respecte de la càrrega modal. El Ple del TS estableix que l'obligació imposada per via testamentària a un hereu de cuidar i assistir el testador fins a la seva defunció és una condició suspensiva de caràcter potestatiu. L'incompliment d'aquesta condició impedeix l'adquisició del dret testamentari perquè manifesta la voluntat del testador que es correspon amb la declaració formal del testament (FJ 3).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda de nul·litat testamentària. L'Audiència va estimar el recurs d'apel·lació i va acordar la ineficàcia de la institució d'hereu a favor de la demandada. El Ple del TS desestima el recurs de cassació.



Impost de successions. Fet imposable. Hereus transmissaris. S'ha produït una sola transmissió i no una doble

Ref. EDE: 2018/98209, STS Sala 3a, Sec. 2a de 5 juny 2018, rec. 1358/2017, Ponent: Sr. Francisco José Navarro Sanchís

RESUM: Impost de successions. Fet imposable. El TS declara que, un cop mor l'hereu i havent atorgat testament davant Notari, sense haver acceptat l'herència del seu causant i transmès als seus hereus el dret a fer-ho, es produeix una sola adquisició hereditària i, per tant, un sol fet imposable, no dos fets impossibles i dos meritaments de l'impost. Els hereus transmissaris succeiran directament el causant de l'herència i, en una altra successió, al hereu mort transmissor. Aquesta afirmació és vàlida per les successions *mortis causa* que es regeixen pel Dret comú, pel Codi civil, i per aquelles altres de comunitats que reconguin en el seu Dret civil comú o especial el *ius transmissionis* de manera semblant, no sent el cas en aquest recurs de cassació (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El TS confirma l'anul·lació decretada pel TSJ d'Astúries de la resolució del TEAC i la liquidació de l'impost de successions que era objecte de recurs, que va ser confirmada en virtut de recurs de reposició. Un cop mor el causant i posteriorment el seu hereu, sense que aquest hagi acceptat o repudiat l'herència, i els hereus (transmissaris) sí que han acceptat, s'ha produït una sola transmissió i no una doble.

Incapacitat per succeir per indignitat

Ref. EDE 2018/51199, STS Sala 1a de 23 abril 2018, rec. 2056/2016, Ponent: Sr. Eduardo Baena Ruiz

RESUM: Incapacitat per indignitat d'un pare per heretar del seu fill malalt perquè es va produir un abandonament greu i absolut. El TS confirma la incapacitat per causa de indignitat d'un pare per heretar del seu fill malalt perquè s'ha acreditat l'abandonament greu i absolut del menor per part del progenitor que, a més, va incomplir les seves obligacions de passar una pensió d'aliments mentre estava viu. Aquesta conducta paterna té entitat suficient per comportar, com a sanció civil, la seva incapacitat per indignitat per succeir el menor (FJ 5).

ITER PROCESSAL: El jutjat desestima la demanda d'incapacitat per succeir per indignitat. L'Audiència estima el recurs d'apel·lació i declara la incapacitat per succeir del pare al fill mort. El TS desestima el recurs d'apel·lació.

COMPRAVENDA

Resolució per incompliment del venedor. Entrega d'immobles

Ref. EDE 2018/54806, STS Sala 1a de 25 abril 2018, rec. 772/2015, Ponent: Sr. Eduardo Baena Ruiz

RESUM: Contracte de compravenda. Resolució per incompliment del venedor. Entrega d'immobles. Garantia d'entregues a compte. Obligacions d'informació del venedor. Arres. El TS considera que, respecte els efectes resolutoris de l'incompliment del termini d'entrega, l'incompliment ha de ser greu o substancial, és a dir, que produeixi la frustració de la finalitat del contracte i les aspiracions legítimes de l'altra part. Les conseqüències que es pacten si el venedor no pot entregar l'habitatge i els annexos en la data prevista en el contracte demostren si el termini d'entrega és essencial per frustrar l'interès contractual del

comprador. No es poden traslladar al comprador les dificultats urbanístiques que sorgeixin i paralitzin l'obra pel venedor (FJ 5 i 6).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda que instava la resolució dels dos contractes de compravenda d'immoble i va estimar la demanda reconvençional que sol·licitava que s'atorgués escriptura pública, en considerar que el retard en l'entrega dels immobles i la falta d'entrega dels avals no té entitat suficient per donar lloc a la resolució dels contractes. En segona instància es va desestimar el recurs d'apel·lació. El TS estima el recurs de cassació i considera que és possible resoldre els contractes, ja que el termini d'entrega és un element essencial dels contractes de compravenda d'immobles.

Compravenda immobiliària. Exclusió del règim de garanties anticipades en compravenda destinada a la inversió

Ref. EDE 2018/26548, STS Sala 1a de 21 març 2018, rec. 2903/2015, Ponent: Sr. Francisco Marín Castán

RESUM: Promoció immobiliària. Garantia de quantitats anticipades. Exclusió del règim. La Sala del TS considera que l'empresa compradora de diversos immobles està al marge de la normativa protectora que obliga a la devolució de les quantitats entregades a compte en el cas que els habitatges no siguin entregats. És irrellevant que s'hagi pactat la constitució de garanties en la compravenda quan es tracta d'una compra destinada a la inversió.

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda de la compradora que reclamava les quantitats anticipades en la compra d'immobles. L'Audiència va confirmar el pronunciament d'instància i va desestimar el recurs d'apel·lació. El TS desestima el recurs de cassació.

EXPROPIACIÓ

Preu just. Sol rural. Valoracions

Ref. EDE 2018/14590, STS Sala 3a de 1 març 2018, rec. 1843/2016, Ponent: Sr. César Tolosa Tribiño

RESUM: Preu just. Sol rural. Valoracions. El TS declara que, com que es tracta de terrenys rústics, els sòls expropiats es valoren segons la capitalització de la renda real anual o potencial se l'explotació, la que sigui superior, segons el seu estat en el moment de fer-se la valoració, mentre que la renda potencial es calcula segons el rendiment de l'ús, gaudi o explotació que siguin susceptibles, de conformitat amb la legislació que sigui aplicable, utilitzant els mitjans tècnics normals per a la seva producció (FJ 7).

ITER PROCESSAL: El TSJ desestima els recursos acumulats contra els acords d'expropiació. El TS estima el recurs de cassació i varia el preu just fixat en l'expropiació forçosa.

APROFITAMENT PER TORNOS DE BÉNS IMMOBLES

Condició de consumidor en l'aprofitament per tornos de béns immobles d'ús turístic

Ref. EDE 2018/80881, STS Sala 1a de 24 maig 2018, rec. 3177/2016, Ponent: Sr. Antonio Salas Carceller

RESUM: Drets d'aprofitament per tornos de béns immobles d'ús turístic. Consumidors. Durada del contracte. Nul·litat del contracte. El

TS manifesta que la jurisprudència comunitària ha considerat que la intenció lucrativa no ha de ser un criteri d'exclusió per l'aplicació de la noció de consumidor. En la Llei de consumidors i usuaris es distingeix entre consumidor persona física i consumidor persona jurídica, però no estableix que l'ànim de lucre és una circumstància exclouent en el segon cas. Únicament s'introdueix un requisit negatiu per a les persones jurídiques i, per tant, es pot deduir que la persona física que actua al marge de l'activitat empresarial és consumidora, encara que tingui ànim de lucre. Si no es compleixen els requisits mínims de validesa exigits per la Llei de drets d'aprofitament per torns de béns immobles d'ús turístic, concretament sobre la durada del contracte, s'imposa la declaració de nul·litat del contracte subscrit (FJ 3 i 4).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda a través de la qual s'instava la nul·litat o la resolució contractual. En segona instància l'Audiència confirma el pronunciament de la instància anterior. El TS casa la sentència apel·lada i declara la nul·litat del contracte d'aprofitament per torns d'immobles d'ús turístic.

VICIS CONSTRUCTIUS

Responsabilitat solidària de la constructora i de la promotora en aplicació de la doctrina de l'aixecament del vel

Ref. EDE 2018/3690, STS Sala 1a de 30 gener 2018, rec.2265/2015, Ponent: Sr. José Antonio Seijas Quintana

RESUM: Responsabilitat civil per vicis constructius. Doctrina de l'aixecament del vel. El TS confirma la responsabilitat civil solidària per vicis constructius de la constructora. En aplicació de la doctrina de l'aixecament del vel de les persones jurídiques, aquella ha de suportar les mateixes accions que té contra la societat promotora de l'edificació. La confusió societària fa que hagin de respondre solidàriament no només respecte de les accions de responsabilitat de la Llei d'ordenació de l'edificació, sinó de les accions derivades de les responsabilitats contractuals assumides amb els compradors i també afecta la prescripció i els terminis de caducitat (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar la demanda de la comunitat de propietaris i va condemnar la promotora i la constructora per vicis constructius. L'Audiència va estimar parcialment el recurs d'apel·lació i va mantenir la condemna de les demandades. El TS desestima el recurs de cassació de la constructora.

CONTRACTE D'ABANDERAMENT

Ineficàcia sobrevinguda de la clàusula que afecta tot l'entramat contractual

Ref. EDE 2018/18335, STS Sala 1a de 8 març 2018, rec.923/2014, Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres

RESUM: Nul·litat de la relació contractual complexa del contracte d'abanderament. És contrària al Dret comunitari de defensa de la competència. El TS, després de plantejar una qüestió prejudicial al TJUE, estableix la nul·litat de la relació contractual del contracte d'abanderament i proveïment en exclusiva entre una estació de servei i una empresa petrolera. La ineficàcia sobrevinguda de la clàusula de durada exclusiva del subministrament no pot determinar única-

ment la nul·litat d'aquesta clàusula, sinó que afecta tot l'entramat contractual (FJ 8).

ITER PROCESSAL: El Jutjat estima parcialment la demanda i refusa la nul·litat contractual que s'instava. En segona instància es va estimar el recurs d'apel·lació i s'acorda desestimar totalment la demanda interposada. El TS estima el recurs de cassació i declara la nul·litat del contracte d'abanderament.

ALIMENTS

Extinció de la pensió d'aliments d'una filla que segueix estudiant

Ref. EDE 2018/80890, STS Sala 1a de 24 maig 2018, rec. 2845/2015, Ponent: Sr. José Antonio Seijas Quintana

RESUM: Extinció de la pensió d'aliments a favor d'una filla de 30 anys que segueix estudiant. Capacitat econòmica del pare. El TS extingeix la pensió d'aliments d'una filla de 30 anys que segueix estudiant amb un rendiment pobre. Respecte dels fills majors d'edat, els aliments són proporcionals a qui els proporciona i a les necessitats de qui els rep i es redueixen als aliments que siguin indispensables per al manteniment, habitació, vestit i assistència mèdica (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar parcialment la demanda i només va reduir la pensió d'aliments de la filla. L'Audiència refusa el recurs d'apel·lació. El TS estima el recurs de cassació i acorda extingir la pensió d'aliments.

TERCERIA DE MILLOR DRET

Preferència creditícia en relació amb la data de concreció del saldo exigible

Ref. EDE 2018/29946, STS Sala 1a de 23 març 2018, rec.3015/2015, Ponent: Sr. Eduardo Baena Ruiz

RESUM: Terceria de millor dret. Embargament de béns. Pòlissa de préstec. Preferència creditícia en l'execució. El TS manifesta que quan la quantitat deguda es determini des del mateix moment de l'atorgament de la pòlissa, en aquest cas, per resoldre la preferència, s'haurà de tenir en compte la data de la pòlissa. Quan la quantia del deute no es pugui concretar prèviament i sigui necessària una activitat posterior complementària que permeti conèixer l'abast de l'obligació i l'exigibilitat del crèdit, quina és la liquidació oportuna i la fixació del saldo, la preferència creditícia s'ha de determinar segons la data posterior d'aquesta operació de determinació o concreció dels saldo exigible i no respecte de la data de subscripció de la pòlissa (FJ 3).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda de terceria de millor dret. L'Audiència va estimar el recurs d'apel·lació i va reconèixer el millor dret de l'actora sobre els béns embargats. El TS desestima el recurs de cassació i confirma el millor dret del demandant.



CONTRACTES BANCARIS

Nul·litat contractual per vici del consentiment derivat de la falta d'informació

Ref. EDE 2018/29947, STS Sala 1a de 21 març 2018, rec. 2671/2015, Ponent: Sra. María de los Ángeles Parra Lucán

RESUM: Contractes bancaris. Contracte de producte estructurat. Nul·litat de contracte per vicis del consentiment. Falta d'informació del producte i els seus riscos. Restitució de les quantitats invertides. El TS manifesta que no hi ha consentiment contractual per part del particular respecte d'un producte bancari i una oferta concreta de contracte, si amb "l'ok" al correu d'una treballadora de l'entitat bancària simplement es posa de manifest la voluntat de seguir negociant la reestructuració i sí que hi ha una negativa reiterada del client de signar el document contractual que es desprèn dels correus que, posteriorment, li va enviar l'entitat bancària (FJ 3). D'altra banda, conclou que en la comercialització de productes complexos per part d'entitats prestadores de serveis financers a inversors no professionals es produeix una asimetria informativa que imposa al deure a aquestes entitats financeres de proporcionar al client una informació comprensible i adequada a les característiques del producte i els riscos que pot comportar la seva contractació. En l'àmbit dels mercats de valors i els productes i serveis d'inversió, l'incompliment del deure d'informar al client no professional per part de l'empresa d'inversió, tot i que no impedeix que en algun cas conegui la naturalesa i els riscos del producte i, per tant, no hagi patit cap error al contractar, condueix a presumir la falta de coneixement suficient sobre el producte contractat i els riscos associats que vicia el consentiment. L'absència d'informació adequada no determina, per si mateixa, l'existència de l'error vici, però sí que permet presumir-lo (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar la demanda que es reclamava la nul·litat del producte estructurat. L'Audiència va desestimar el recurs d'apel·lació. El TS estima el recurs de cassació i acorda la nul·litat contractual per falta de consentiment.

NOTARIS

Registradors de la Propietat i Mercantils. Moderació dels aranzels notariais i registrals en operacions de sanejament i reestructuració d'entitats financeres

Ref. EDE: 2018/91011, STS Sala 3a de 4 juny 2018, rec. 1721/2017, Ponent: Sr. Octavio Juan Herrero Pina

Registradors de la Propietat i Mercantils. Aranzels. Honoraris. El TS manifesta que la moderació dels aranzels notariais i registrals, com a mesura de suport per realitzar determinades operacions de sanejament i reestructuració d'entitats financeres, no és una modificació general i permanent dels preceptes reglamentaris d'aquests aranzels. Aquesta reducció d'aranzels no s'aplica en els casos ordinaris de subrogació, novació i cancel·lació de crèdits que es fan al marge d'un context de sanejament i reestructuració d'una entitat de crèdit (FJ 4 i 5).

ITER PROCESSAL: El TS desestima el recurs interposat contra la sentència del TSJ de Madrid que va resoldre el recurs formulat contra la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat, que va desestimar el recurs d'apel·lació d'honoraris contra la resolució

de la Junta de Govern del Col·legi de Registradors de la Propietat i Mercantils d'Espanya, que desestima el recurs d'honoraris interposat contra una factura, girada per un determinat Registre de la Propietat. Confirma la declaració d'instància respecte al dret que es procedeixi a emetre una altra factura, amb els descomptes i reduccions que siguin aplicables.

Direcció General dels Registres i del Notariat. Honoraris notariais. Assentaments per les operacions hipotecàries de l'escriptura de novació modificativa de préstec hipotecari

Ref. EDE: 2018/81532, STSJ Madrid Sala del Contenciós Administratiu, Sec. 7a de 12 març 2018, rec. 466/2016, Ponent: Sr. José Félix Martín Corredera

RESUM: Reestructuració o sanejament d'entitats de crèdit. Registradors de la propietat. Aranzels. El TSJ declara que la normativa aplicable perd el seu sentit si s'extreu del seu context, que precisament és el d'una reestructuració o sanejament d'entitats de crèdit que dona lloc a moltes operacions que s'han d'inscriure en el Registre de la Propietat i que, per tant, no s'ha d'aplicar en els casos ordinaris en que la subrogació, novació i cancel·lació de crèdits es fa fora d'un context de sanejament i reestructuració d'una entitat de crèdit, com era el cas de les resolucions d'aquest procediment que ens trobem, en que cap de les parts arriba a suggerir el contrari davant alguna operació que directament o indirectament no estigui vinculada amb una reestructuració o sanejament d'entitats de crèdit (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El TSJ estima el recurs contenciós administratiu interposat contra la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat que desestima el recurs d'apel·lació d'honoraris notariais formulat per la recurrent contra la resolució de la Junta de Govern del Col·legi de Registradors de la Propietat i Mercantils d'Espanya, que desestima el recurs d'honoraris promogut per desavinences amb una minuta determinada girada pel Registre de la Propietat. Anul·la les resolucions impugnades i la minuta girada i declara el dret de l'actora que s'emeti una nova factura. La minuta feia referència a alguns assentaments d'operacions hipotecàries d'escriptura de novació modificativa de préstec hipotecari atorgat davant Notari.

Legalitat del RD pel qual es modifica la demarcació dels Registres de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles

Ref. EDE: 2018/81216, STS Sala 3a de 25 maig 2018, rec. 379/2017, Ponent: Sr. Octavio Juan Herrero Pina

RESUM: Registres de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles. Demarcació. Normativa reglamentària. El TS estableix que la regulació dels arts. 4 i 5, la disp. adic. 2a, la disp. trans. 1a, les disp. finals 2a i 3a i els annexes del RD 195/2017, pel qual es modifica la demarcació dels Registres de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles, no és arbitrària, no infringeix el principi d'igualtat, no incorre en desviació de poder i la seva motivació es troba en factors objectius de les carències i necessitats de la demarcació registral (FJ 5).

ITER PROCESSAL: EL TS desestima la impugnació parcial del RD 195/2017, de 3 de març, pel qual es modifica la demarcació



Sentències

dels Registres de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles. Concretament, els articles 4 i 5, la disp. adic. 2a, la disp. trans. 1a, les disp. finals 2a i 3a i els annexos que fan referències a aquests preceptes.

DOMINI PÚBLIC

Domini públic maritimoterrestre. Delimitació. Acta notarial

Ref. EDE: 2018/76587, SAN Sala del Contenciós Administratiu, Sec. 1a de 30 abril 2018, rec. 64/2017, Ponent: Sra. Lourdes Sanz Calvo

RESUM: Domini públic maritimoterrestre. Delimitació. L'AN considera que l'Administració no ha justificat que els terrenys del tram examinats reuneixin les característiques previstes legalment per tenir la consideració de ribera del mar, sense que això impliqui, com pretén l'actora, que la delimitació s'hagi de fer per la base del mur, sinó deixar sense efectes la delimitació en el tram impugnat perquè l'Administració pugui practicar una nova delimitació (FJ 3).

ITER PROCESSAL: L'AN estima parcialment el recurs interposat davant l'Ordre de la Directora General de Sostenibilitat de la Costa i del Mar, dictada per delegació de la Ministra d'Agricultura, Alimentació i Medi Ambient que aprovava la delimitació dels béns de domini públic maritimoterrestre d'un tram determinat de costa. La resolució s'anul·la perquè no és conforme a dret en algun dels trams que inclou. En l'informe pericial consta acta notarial conforme en la qual el Notari que ha comparegut comprova que, en una hora determinada, l'aigua del mar no arriba al mur de pedra que delimita la finca.

TRIBUTS

Tributs. Responsabilitat solidària respecte dels deutes tributaris de l'entitat transmissent

Ref. EDE: 2018/95918, SAN Sala del Contenciós Administratiu, Sec. 7a de 31 maig 2018, rec. 213/2017, Ponent: Sr. Javier Eugenio López Candela

RESUM: Tributs. Responsabilitat solidària. L'AN estableix que no hi ha indicis suficients per considerar que l'actora havia de saber que l'ingrés de l'IVA no es produiria o que l'Agència Tributària havia de saber-ho, fet que es podia constatar obtenint informació suficient sobre aquesta operació a l'empresa transmissent d'aquests béns (FJ 3). No s'ha produït ni l'ingrés ni cap reducció de l'IVA i tampoc no s'ha tingut constància que hi hagi hagut un acord de la recurrent amb el transmissent per deixar d'ingressar l'IVA. Per això, no es pot imputar aquesta responsabilitat solidària a l'actora, que legítimament va estar esperant la repercussió de l'IVA durant un any (FJ 4).

ITER PROCESSAL: L'AN estima el recurs interposat contra la Resolució del Tribunal Econòmic Administratiu Central i l'anul·la per no ser conforme a dret, així com l'acord que confirmava la Dependència Regional de Gestió Tributària que declara la responsabilitat solidària de l'actora. D'aquesta manera, anul·la l'acord sobre responsabilitat solidària de l'actora respecte dels deutes tributaris de l'entitat transmissent.

IRPF. Despeses deduïbles per l'activitat de Notari

Ref. EDE: 2018/90700, STSJ Comunitat Valenciana del Contenciós Administratiu, Sec. 3a de 31 maig 2018, rec. 574/2014, Ponent: Sra. María Jesús Oliveros Rosselló

RESUM: IRPF. Despeses deduïbles. El TSJ declara que en la liquidació del IRPF les despeses deduïbles estan condicionades pel principi de correlació amb els ingressos. S'ha d'acreditar que les despeses que s'han ocasionat en l'exercici de l'activitat, en aquest cas de Notari, i que estan relacionades amb l'obtenció d'ingressos. La càrrega de la prova correspon al contribuent. En el cas de la deducció de la despesa per la compra d'un vehicle, s'ha de qualificar com un element patrimonial destinat a l'activitat econòmica desenvolupada i de forma exclusiva (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El TSJ estima parcialment el recurs interposat contra la resolució del Tribunal Econòmic Administratiu Regional de la Comunitat Valenciana que estima parcialment la reclamació econòmica administrativa que s'interposa contra una liquidació provisional de IRPF, formulada per l'actor contra la sanció que se'n deriva. Anul·la parcialment la resolució del TEAR i també anul·la parcialment l'acord de liquidació i anul·la totalment l'acord sancionador.

Impost de societats. El dret de comprovar i investigar no prescriu

Ref. EDE: 2018/46997, SAN Sala del Contenciós Administratiu, Sec. 2a de 8 març 2018, rec. 310/2015, Ponent: Sra. Sandra González de Lara Mingo

RESUM: Tributs. IS. L'AN estableix que el dret a comprovar i investigar no prescriu i l'Administració pot fer ús d'aquestes facultats per liquidar períodes no prescrits i per comprovar i investigar operacions que s'han fet als períodes que ja han prescrit, però que segueixin produint efectes (FJ 5). Es pretén evitar que no es pugui actuar contra una il·legalitat perquè l'Administració no va actuar en un període ja prescrit, ja que això equivaldria a consagrar en l'ordenament jurídic un principi "d'igualtat fora de la llei", "igualtat en la il·legalitat" o "igualtat contra la llei" (FJ 5). La qualificació dels préstecs com simulats és perquè les despeses per interessos financers comptabilitzats per l'obligat tributari no poden ser considerats com fiscalment deduïbles, ja que com que els contractes s'han qualificat com autèntiques aportacions al capital tenen la condició de retribució dels fons propis (FJ 7). S'ha d'apreciar l'existència d'ocultació i qualificar la conducta com una infracció tributària greu, ja que en el cas de simulació no és possible parlar d'interpretació raonable de la norma perquè el que es pretén és, precisament, eludir l'aplicació de la norma i no pas interpretar-la (FJ 11).

ITER PROCESSAL: L'AN desestima el recurs interposat contra la resolució del Tribunal Econòmic Administratiu Central, que desestima la reclamació econòmica administrativa contra un acord de liquidació de l'Impost sobre Societats (règim de declaració consolidada) i un altre d'imposició de sanció derivada de l'anterior liquidació. Confirma aquestes resolucions perquè s'ajusten a l'ordenament jurídic.



ITP. Comprovació de valors. Adquisició d'un habitatge en escriptura pública de compraventa

Ref. EDE: 2018/98211, STS Sala 3a, Sec. 2a de 23 maig 2018, rec. 1880/2017, Ponent: Sr. Francisco José Navarro Sanchís

RESUM: ITP. Comprovació de valors. El TS declara que el mètode de comprovació que es basa en l'estimació per referències a valors cadastrals multiplicats per índex o coeficients no és idoni per a la valoració d'immobles en aquells impostos que la base imposable ve determinada pel seu valor real perquè és general i falta la relació amb el bé concret, tret que aquest mètode es complementi amb la realització d'una determinada activitat estrictament comprovadora relacionada amb l'immoble singular que es valora. No dota l'Administració d'una presumpció reforçada de veracitat i encert dels valors inclosos en els coeficients, independentment que figurin en disposicions generals o no. S'exigeix que l'Administració expressi motivadament les raons per les quals, al seu judici, aquest valor declarat no es correspon amb el valor real i per justificar l'inici de la comprovació no és suficient la mera discordança amb els valors o coeficients generals publicats per multiplicar el valor cadastral. L'interessat no està legalment obligat a acreditar que el valor que figura en la declaració o autoliquidació de l'impost coincideixi amb el valor real i és l'Administració qui ha de provar aquesta falta de coincidència (FJ 6). Es formula un vot particular.

ITER PROCESSAL: El TS no estima la impugnació de la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella la Manxa que va estimar el recurs interposat contra la resolució del TEAR, que havia desestimat la reclamació contra la resolució de la Conselleria d'Economia i Hisenda de Castella la Manxa, sobre liquidació provisional derivada d'expedient de comprovació de valors per l'ITP i AJD, que fixa una quota diferencial, derivada del valor comprovat en relació amb el de-

clarat amb l'adquisició, en escriptura pública de compraventa d'un habitatge i els seus annexos.

LLICÈNCIA ADMINISTRATIVA

Inexistència de falta de legitimació activa i interès legítim. El Notari autoritza el dret a participar dels beneficis en un percentatge. Parcs eòlics. Autorització administrativa

Ref. EDE: 2018/89645, STS Sala 3a, Sec. 3a de 1 juny 2018, rec. 1056/2016, Ponent: Sr. Diego Córdoba Castroverde

RESUM: Sector eòlic. Parcs eòlics. Autorització administrativa. S'inadmet el recurs contenciós. El TS considera que en els casos en que la part demandant s'ha defensat de la causa d'inadmissió per no acreditar l'acord societatari per recórrer, si el Tribunal considera que el defecte persisteix s'ha de recórrer a la part perquè l'esmeni dins el termini previst per la LJCA. Aquest defecte es pot esmenar i el Tribunal d'instància ha de valorar el document presentat en el tràmit de conclusions, i és indiferent que l'acord adoptat sigui posterior a la interposició (FJ 3 i 4).

ITER PROCESSAL: El TS anul·la la sentència d'instància que va declarar la inadmissió del recurs interposat contra la resolució, dictada per la Conselleria d'Economia i Indústria, que va desestimar el recurs d'alçada contra la resolució a través de la qual es va publicar la resolució de sol·licituds d'atorgament d'autoritzacions administratives per la instal·lació de parcs eòlics. Ordena la retroacció de les actuacions perquè el TSJ torni a dictar sentència sense declarar la inadmissibilitat del recurs. No es produeix una falta de legitimació activa del litigant ni d'interès legítim, ja que es va concedir el dret a la recurrent, autoritzat davant Notari, de participar en un percentatge dels beneficis.

Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Víctor Esquirol Jiménez
Notari del Masnou

CENSOS

Es declara la legitimació activa per demanar la redempció als censataris, la propietat dels quals va ser expropiada sense haver advertit l'existència del cens. *Obiter dicta*, es declara l'aplicació de la DF, ap. 3a de la Llei 6/2015, a partir del termini de 10 anys des de la seva entrada en vigor.

SENTÈNCIA 56/2017, de 20 de novembre (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

RESUM.- Una finca gravada amb un cens emfitèutic, constituït l'any 1854, va ser expropiada per l'Ajuntament de Barcelona l'any 2012. S'adverteix sobre la seva existència amb posterioritat a l'expropiació. Els que eren censataris abans de l'expropiació interposen demanda contra els censalistes demanant la redempció del cens, pretensió que és estimada en primera i segona instància a canvi del pagament del preu de la redempció. Els censalistes interposen recurs de cassació al·legant que els actors no tenen legitimació activa per sol·licitar la redempció del cens, ja que: a) han perdut la condició de propietaris després de l'expropiació forçosa; b) no estan al corrent de pagament de les pensions meritedes; c) no han consignat el lluïsmes de la transmissió. També al·leguen l'aplicació indeguda de l'art. 565-11.3 CCCat i de la DF (ap. 3) de la Llei 6/2015, de 13 de juliol.

En relació amb la manca de legitimació activa, el TSJC estableix que l'expropiació forçosa de la totalitat de la finca implica l'extinció del cens, de conformitat amb l'art. 10, 1er a) de la Llei 6/1990, de 16 de març, de censos, l'art. 565-11.3 CCCat (no aplicable a la litis) i a la doctrina anterior a la Llei de 1990. Per tant, en produir-se l'expropiació, una part de la indemnització hauria de ser destinada al pagament de la redempció; i els censataris no han perdut la legitimació activa si es té en compte que el procediment d'expropiació del cens va ser omès. Aquest

fet els legitima igualment, malgrat no estar al corrent de pagament de les pensions. Tampoc no es pot al·legar que els censataris no haguessin satisfet el lluïsmes quan van adquirir la propietat de la finca, ja que no els corresponia a ells pagar el lluïsmes derivat d'aquesta transmissió, sinó al disponent, de conformitat amb el privilegi concedit a la ciutat de Barcelona per Pere II l'any 1285.

Segons el que es desprèn de la sentència, l'Audiència citava la Disposició Final, apartat 3, de la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització del CCCat, per fonamentar la manca de legitimació activa dels censataris. Aquesta DF estableix que l'art. 565-11.1 c) s'aplica a tots els censos, independentment de la data de la seva constitució. I l'art. 565-11.1 c) estableix que el cens s'extingeix per la falta d'exercici de les pretensions del censalista durant un termini de deu anys. El TSJC entén que el termini de 10 anys s'haurà de computar a partir de l'entrada en vigor de la Llei 6/2015, per la qual cosa encara és aplicable, tot i que no afecta la legitimació activa dels censataris, ja que ja s'ha declarat d'acord amb l'excepcionalitat del cas sotmès a enjudiciament i que simultàniament a l'expropiació es va produir l'extinció del cens.

COMENTARI.- Per la seva rellevància pràctica, m'agradaria destacar d'aquesta sentència la referència relativa a l'art. 565-11.1 c) sobre la base de la DF de la Llei 6/2015. EL TSJC, encara que sigui *obiter dicta*, aclareix per primera vegada els dubtes sorgits de la interpretació d'aquesta disposició, en el sentit que el termini de 10 anys s'aplica a partir de l'entrada en vigor. Per tant, el 20 de juny de 2025 tots els censos dels quals no s'hagi pagat cap pensió ni cap lluïsmes en els deu anys anteriors s'extingiran, independentment de la data en què es van constituir, tot i que, per cancel·lar el cens en termes registrals, la prescripció no podrà ser apreciada pel Registrador, sinó que s'haurà de declarar judicialment.



DESHERETAMENT

En el desheretament per falta de relació familiar s'han de tenir en compte no solament els fets anteriors al desheretament, sinó també els posteriors. El fet que les legítimes es mostressin receptives a la voluntat reconciliadora del causant exclou que la falta de relació els sigui imputable.

SENTÈNCIA 2/2018, de 8 de gener (Ponent: Jordi Seguí Puntas)

RESUM.- El causant, que va morir l'any 2013, va desheretar les filles en un testament atorgat un any abans de la seva defunció per la causa de la lletra e) de l'art. 451-17 CCCat, és a dir, per absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legítimari, per causa que li sigui imputable exclusivament a aquest últim. Es declara provada la falta de relació des de l'any 1983, data en què va tenir lloc el divorci del causant amb la mare de les filles, que van quedar sota la guarda de la mare per ser menors d'edat en aquell moment. L'any 2011, el pare es va posar en contacte amb les filles a través de Facebook, i fins i tot va arribar a tenir llargues converses telefòniques l'any 2013 (ja que no vivien a la mateixa ciutat, una de les filles vivia a París) i una trobada presencial, ja que les filles van visitar el seu pare l'any 2013, quan el seu pare ja estava malalt.

Les filles demanen la nul·litat del desheretament, petició que és reconeguda per les sentències de primera i segona instància i, particularment, en la sentència d'apel·lació es disposa: a) que la falta de relació continuada entre els anys 1983 i 2011 és un fet no controvertit i no imputable a les filles atesa la «posició preeminente del pare» en aquest període durant el qual el progenitor no custodiaria seria el responsable de propiciar un acostament personal; i b) que l'intent de retrobament que es va produir l'any 2011 no va donar lloc a una relació normalitzada, a causa dels anys de distanciament, sense que consti un rebuig explícit al restabliment de relacions amb el pare per part de les filles, ni una profunda desavinença entre ells, raons per les quals no se les pot fer responsables d'aquest fracàs exclusivament.

El recurs de cassació, que és desestimat pel TSJC, es basa, fonamentalment, en dos motius: que la sentència d'apel·lació valora diversos fets (les trucades telefòniques i el retrobament presencial) que van tenir lloc amb posterioritat a la data del testament, ja que la causa de desheretament ha d'existir en aquesta data, independentment del que succeeixi posteriorment; i que la falta de relació familiar va ser imputable exclusivament a les filles.

En relació amb la primera qüestió, «és natural que la causa feta valer per un testador o heretant hagi inexcusablement d'existir en el moment en què es formalitza el desheretament, puix que en cas contrari ens trobaríem davant d'una declaració de voluntat ineficax per manca de fonament. Ara bé, aquesta conclusió és perfectament compatible amb el fet que el comportament posterior del propi causant o del legítimari desheretat pugui ser pres en consideració, no ja només per tal de provar una eventual reconciliació o perdó, que poden ser anteriors o posteriors al desheretament [...] sinó principalment [...] als efectes de provar l'existència o no de relació familiar en el moment del desheretament». Pel TSJC, la «data clau» per verificar la concurrència de la causa és el dia de l'atorgament del testament, però «la conducta duta a terme per les legítimes en relació amb el seu pare després d'aquella data (comunicacions telefòniques i visita personal) també ha de ser valorada com a mostra d'un suposat restabliment de relacions que faria la funció de reconciliació per mitjà

dels actes d'indubtable significació a què al·ludeix l'article 451-19.1 CCCat o, si més no, com a evidència de la disposició de les mateixes filles a aquest restabliment» (FD 4rt). En conseqüència, s'han de tenir en compte els fets posteriors a l'atorgament del testament, que en aquest cas són reveladors de l'evolució de les relacions entre el testador i les legítimes.

El segon motiu de cassació ens condueix a considerar si l'absència de relació familiar era imputable exclusivament a les legítimes. El TSJC examina extensivament aquest motiu, començant per un repàs de l'evolució de la figura del desheretament en la jurisprudència recent del TSJC i fins i tot del TS, que culmina amb l'examen de la causa de desheretament objecte d'aquesta sentència, que va ser introduïda per la Llei 10/2008, ressaltant el fonament familiar de la figura de la llegítima i del sentit elemental de justícia subjacent. I afegeix: «En altres paraules, si el desheretament tradicional consisteix en la sanció imposada al legítimari que realitza un comportament contrari als deures familiars bàsics (denegació d'aliments, maltractament greu d'obra, incompliments dels deures de la potestat parental), amb la nova causa de desheretament el legislador fa una passa endavant conscient que el model familiar actual posa més èmfasi en els vincles afectius que en l'estricta parentiu, i considera causa justificada de pèrdua de la llegítima la ruptura afectiva entre el causant i el legítimari manifestada simplement a través de "l'absència manifesta i continuada de relació familiar" entre ells, sempre però que la dita absència sigui exclusivament imputable al legítimari» (FD 5.3).

En relació amb aquesta imputabilitat, l'hereva recurrent l'atribueix a les filles atès que, no és que els fos imputable el distanciament amb el seu pare, sinó que van rebutjar els seus intents d'acostament. El Tribunal «comparteix en abstracte el punt de partida d'aquest raonament, és a dir, que en el cas d'una perllongada absència de relació entre un progenitor i el seu fill per conseqüència del simple refredament del vincle afectiu, si qualssevol d'ells intenta amb actes d'indubtable significació el restabliment de la relació i es troba amb la pertinax i injustificada negativa de l'altre, aquest darrer comportament pot considerar-se suficient per apreciar la causa de desheretament de l'article 451-17.2, e) CCCat, puix que fa impossible i per una causa només a ell imputable la recuperació de la normalitat familiar.» (FD 5.4). Però no comparteix que en el cas en qüestió s'hagi produït aquesta situació, sobre la base dels fets exposats.

COMENTARI.- Diverses qüestions són destacables en aquesta sentència, que considero ben argumentada. En primer lloc, que es tracta de la primera sentència del TSJC en relació amb la manca de relació familiar com a causa de desheretament, causa que la seva introducció en el CCCat el 2008 va suposar una innovació important en la institució de la llegítima, ja que, com estableix el Tribunal amb un gran encert al meu parer, suposa incorporar a la llegítima un fonament basat en l'actual concepció de la família, com un grup de persones la cohesió del qual es basa més en l'afecte que en la relació de parentiu. Per constatar l'existència d'una relació familiar no és suficient complir determinats deures bàsics de consideració amb els progenitors, sinó que és necessari que concorri un element emocional, basat en la relació efectiva dels fills respecte dels pares. Cal destacar que el legislador no ha considerat suficient que el causant i els legítimsaris mantinguin una relació entre ells, sinó que, a més, s'exigeix que aquesta relació tingui el caràcter de familiar, que fa referència a un aspecte afectiu que és remarcat per aquesta sentència.



Sentències

També destacaria que el fet determinant de la imputabilitat de la manca de relació familiar no gira tant entorn de la causa originària del distanciament entre el causant i les seves filles, sinó sobre els fets que van tenir lloc al voltant de les dates de l'atorgament del testament i de la defunció del testador. Aquests fets tenen una rellevància superior, ja que la ruptura de la relació va tenir lloc quan les legítimes eren menors d'edat i la responsabilitat moral d'evitar-ho era del progenitor; fins i tot, el Tribunal sembla admetre que hi pogués haver alguna resistència per part de les filles a l'intent d'acostament del pare, a causa del llarg període de temps (gairebé 30 anys) que va durar la manca de relació, i que no impediria considerar que aquesta fos més imputable al pare que a elles.

També és rellevant en aquest punt que el TSJC no exigeixi que la reconciliació s'hagi produït efectivament, sinó que consideri suficient una resposta adequada de les filles al desig de reconciliació del pare, reconciliació que es basa en els fets que van tenir lloc i que és raonable pensar que hagués tingut lloc si no s'hagués produït la defunció del causant. La naturalesa particular d'aquesta causa de desheretament justifica un tracte diferent en matèria de reconciliació respecte de les altres causes, ja que en aquesta s'exigeix una predisposició per part de les legítimes, que es materialitza en la relació mantinguda en l'últim any que el Tribunal considera suficient. Si, en el cas contrari, l'intent del pare hagués topat amb una negativa tossuda i injustificada per part de les filles, possiblement la sentència hauria estat diferent, però ja no elevaria aquesta consideració a la categoria de ratio decidendi d'aquesta sentència. Considero que el fet que les filles fossin receptives a la voluntat reconciliadora del pare ha estat determinant perquè el Tribunal considerés que no els fos imputable la falta de relació familiar.

CESSIÓ DE FINCA A CANVI DE CONSTRUCCIÓ FUTURA

La condició resolutòria pactada en cas d'incompliment del cessionari té eficàcia real, ja que es trobava inscrita en el Registre de la Propietat i facultat per sol·licitar la cancel·lació de les càrregues posteriors.

SENTÈNCIA N. 12, de 8 de febrer de 2018 (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

RESUM.- L'any 2006 s'atorga escriptura de cessió de finca a canvi d'obra futura, en la qual es va acordar que, en cas d'incompliment de la cessionària, la cedent podria optar entre exigir el compliment o la resolució del contracte, amb la corresponent indemnització per danys i perjudicis en ambdós casos. Aquesta clàusula va ser inscrita com a condició resolutòria en el Registre de la Propietat. També es va pactar que la cessionària podria sol·licitar un préstec hipotecari per finançar la construcció, però la part cedent quedava exempta de tota responsabilitat derivada de la concessió del préstec. Aquesta hipoteca es va constituir posteriorment a la inscripció del contracte de cessió i fent referència, com a càrrega de la finca, a la condició resolutòria acordada. Davant l'incompliment de la cessionària, la cedent va interposar demanda amb les pretensions que la condició resolutòria es fes efectiva, que es retornés la propietat del terreny, juntament amb el que s'havia construït, i que es cancel·lés la inscripció relativa a la hipoteca. En primera instància es va aconseguir la resolució del contracte i la devolució de la finca, però no la cancel·lació de la hipoteca; en segona instància, es va acordar la devolució de la finca lliure de càrregues (tot i que la demandant havia d'indemnitzar a la cessionària el cost de les obres que aquesta havia fet sobre la finca).

La cessionària recorre en cassació la cancel·lació de les càrregues posteriors a la condició resolutòria, afirmant la falta de jurisprudència de la Sala respecte d'això i que la facultat de resolució prevista en l'art. 6.1 de la Llei 23/2001 no pot afectar drets reals travats per tercers en no tenir el caràcter de condició resolutòria automàtica ni, en conseqüència, caràcter real, sinó obligacional amb efectes inter partes.

El TSJC desestima el recurs. Després de fer diverses consideracions sobre el contracte de cessió de finca a canvi d'edificabilitat o construcció futura i sobre la Llei 23/2001, de 31 de desembre (que es trobava vigent en el moment de celebrar-se el contracte), destaca que el Preàmbul de la Llei estableix que «les mesures de protecció de la persona cedent, desproveïda, totalment o parcialment, de la seva propietat, han d'ésser especialment intenses» i que l'art. 6.1 de la Llei la faculta per exigir el compliment del contracte o la seva resolució. Al parer del TRJC, aquesta norma fa referència a la facultat resolutòria implícita en totes les relacions obligatòries sinal·lagmàtiques. Però l'art. 6.2 faculta als contractants per pactar que l'incompliment del que s'ha estipulat «tenga el caràcter de condició resolutòria automàtica», que és qualificada en el Preàmbul com una mesura que reforça l'eficàcia de la condició resolutòria expressa que les parts poden haver estipulat. De tot això es desprèn que «además de la facultad resolutoria implícita descrita en el art. 6.1 de la ley, las partes pueden convenir, expresándolo así en el contrato, su voluntad de que el incumplimiento de las condiciones estipuladas en el mismo produzca el efecto de resolver el contrato sin que los tribunales puedan, en principio, apreciar el grado de cumplimiento del mismo a estos efectos. En este caso se entenderá convenida la condición resolutoria de forma explícita, sin que pueda dejar de serlo porque los contratantes hayan utilizado la redacción del art. 6.1 de la Ley 23/2001. La norma no exige fórmulas sacramentales ni especiales para configurar la cláusula. De este modo, cualesquiera que sea los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula, siempre que resulte inequívoca la voluntad de las partes de configurar el incumplimiento como condición resolutoria podrá ser inscrita en el Registro y desde ese momento producirá eficacia real y ello aunque se trate de un derecho personal, pues la inscripción registral que la legislación permite (art. 11.3 de la LH), la convierte en oponible frente a terceros (art. 13 de la LH)» i d'acord amb l'art. 37 LH. El TSJC també cita la doctrina del TS (STS, Sala 1a n. 1416/2016 de 7 d'abril i n. 236/2015 de 30 d'abril, entre altres), que la condició resolutòria explícita, a diferència de la implícita, permet als contractants «tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria. Es decir, no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento» (FJ 5^è). Entre les parts, la resolució automàtica permet reinscriure la finca en nom del cedent, prescindint de la intervenció dels Tribunals; en relació amb tercers, el fet determinat és si està inscrita o no en el Registre de la Propietat: si ho està, «afectarà a terceros y ello con independencia de que sea o no ejercitada en forma automática».

COMENTARI.- D'aquesta sentència es desprèn la diferenciació següent entre condicions resolutòries:

1.- La condició resolutòria implícita en els contractes onerosos sinal·lagmàtics de conformitat amb l'art. 1.124 CC. En defecte de pacte exprés entre les parts, en cas d'incompliment d'una d'elles, l'altra podrà optar per la resolució del contracte. Es tracta d'un efecte de caràcter personal que requereix l'apreciació de l'incompliment per



part dels Tribunals i no afecta tercers, ja que no es pot inscriure en el Registre de la Propietat, de conformitat amb l'art. 11 LH.

2.- La condició resolutòria explícita. Requereix pacte exprés, sense necessitat de cap fórmula específica, fins i tot encara que es limiti a reproduir la redacció de l'art. 1.124 CC. No requereix la intervenció judicial perquè se'n produeixin els efectes resolutoris, i es pot pactar que el simple retard en el compliment comporta la resolució del contracte. Es pot inscriure en el Registre de la Propietat i, si s'inscriu, afectarà tercers, amb la conseqüència que es podrà instar la cancel·lació de les càrregues posteriors.

Actualment, i en relació amb el contracte de cessió de finca a canvi de construcció futura, l'art. 621-64 CCCat permet el pacte de condició resolutòria explícita, en establir que: «1. Les parts contractants poden acordar que el fet de no haver realitzat l'obra en les condicions, amb les característiques i en els terminis d'execució estipulats tingui el caràcter de condició resolutòria.» Però el número 2 condiona la resolució automàtica del contracte al compliment dels requisits següents: a) Que es notifiqui fefaentment la resolució al cessionari i als tercers titulars de drets constituïts sobre la finca. b) Que el cessionari no s'oposi a la resolució en el termini de quinze dies.

CESSIÓ DE SOLAR PER A CONSTRUCCIÓ FUTURA

La venda del solar per part de la cessionària sense haver construït l'obra i sense bona fe implica que la compradora assumeixi les obligacions d'aquella davant dels cedents.

SENTÈNCIA 27/2018, de 19 de març (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)

RESUM.- L'any 2005 s'atorga escriptura pública de cessió de solar a canvi de construcció futura entre dues persones físiques com a cedents i una societat mercantil com a cessionària, que s'inscriu en el Registre de la Propietat. No es constitueix cap garantia real ni de cap altre tipus a favor de la part cedent. L'any 2011 la cessionària ven el solar sense edificar a una altra societat, que és administrada per l'esposa de l'administrador de la cessionària. L'any 2012 els cedents interposen demanda de reclamació del compliment del contracte de cessió contra la cessionària i, posteriorment, l'amplien contra la compradora. En primera i segona instància s'estima la demanda interposada contra la cessionària, però es desestima respecte de la compradora i la propietària actual del solar perquè l'acció no podia exercir-se contra qui no havia intervingut en el negoci, en virtut de l'art. 1.257 CC. L'Audiència considera que encara que l'art. 9 de la Llei 23/2001 digui que els contractes de permuta inscrits tenen eficàcia davant tercers, això no implica que l'adquirent substitueixi el transmissor en les obligacions que aquest hagi pactat amb la part cedent.

EL TSJC cassa la sentència de l'Audiència i estima el recurs de cassació. En primer lloc, al·lega que, segons el Preàmbul, el principi fonamental de la Llei 23/2001, de cessió de finca a canvi de construcció futura, és la necessitat de protegir el cedent, ja que a causa de la cessió queda desproveït, totalment o parcialment, de la seva propietat a canvi d'una cosa per fer i que, en la majoria dels casos, es produirà una desigualtat (econòmica i professional) entre les parts. Aquest propòsit té la seva traducció en l'art. 9, en el sentit que, encara que la inscripció no pot atorgar eficàcia real a la contraprestació de la permuta pactada amb efectes obligacionals, sí que pot tenir un valor informatiu de les obligacions que va contraure el promotor amb els cedents, fet que impedirà al·legar el desconeixement del contracte i de les obligacions assumides pel pro-

motor amb els cedents. Aquest desconeixement inexcusable entronca amb el principi de bona fe, consagrat per l'art. 111-7 CCCat i per la jurisprudència del TS, en el sentit que els drethavents a títol singular no són tercers i, per tant, els afecten els drets i les obligacions del contracte, excepte els personalíssims, ja que els drethavents entren dins la situació jurídica creada mitjançant el negoci jurídic celebrat amb els contractants originaris (STS de 2 de novembre de 1981 i de 27 de març de 1984).

El TSJC acaba considerant que la propietària del solar, administrada per l'esposa de l'administrador de la cessionària, «conocía el contrato suscrito por su esposo con los actores, tanto por su relación de parentesco con quien lo firmó, como porque los compromisos adquiridos constaban en el Registro de la Propiedad, asumiendo además al parecer las obligaciones contraídas» per la cessionària «adoptando, en suma, la posición del cesionario, por lo que al adquirir todo el solar debió también asumir las obligaciones conocidas como era la de ceder una de las viviendas del edificio a construir a los primitivos propietarios de la parcela. Así lo exige el art. 111-7 del CCCat pues el principio de buena fe se establece con el fin de evitar los perjuicios irrogados a personas de buena fe frente a quienes observan una conducta dolosa de la que se derivan perjuicios directos sobre los primeros» (FD 6).

COMENTARI.- L'art. 9 de la Llei 23/2001 disposa que «El contracte de cessió de finca o d'edificabilitat és oposable davant tercers d'ençà que se n'hagi fet la inscripció en el Registre de la Propietat». Es tracta d'un precepte que ha estat durament criticat per la doctrina (veure en aquesta revista el treball de Ricardo CABANAS TREJO i Ildefonso SÁNCHEZ PRAT, Breve apunte sobre la Ley 23/2001, La Notaría, 2002, n.3, pàg. 74), que el qualifica de perturbador, ja que en el Registre de la Propietat no s'inscriuen contractes, sinó drets reals. Per aquest motiu, és molt possible que en la inscripció ni tan sols consti l'obligació de la part cessionària que serveixi de contraprestació i, a més, tenint en compte que l'art. 13 RH estableix que el Registrador expressi «de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota a pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción». En qualsevol cas, és evident que l'art. 9 no pot contravenir el principi de la fe pública registral i, per tant, els drets no inscrits no poden perjudicar tercers que, de bona fe, hagin inscrit el seu, ja que el legislador català no té competència per regular d'eficàcia dels assentaments registrals. El joc dels arts. 32 i 34 LH impedeix que l'adquirent hagi d'assumir les obligacions del seu transmissor (encara que hi hagi mala fe per part de l'adquirent, ja que sobre la base d'aquests preceptes no es pot interpretar que els drets no inscrits es puguin oposar a tercers de mala fe).

No obstant això, la relació personal entre els administradors d'ambdues societats pot conduir a la conclusió que la transmissió es va realitzar en frau dels drets dels cedents (i fàcilment es pot suposar que la societat transmissor s'hauria declarat insolvent si s'hagués adreçat la demanda només en contra d'ella). Davant la possibilitat de declarar la nul·litat d'aquesta transmissió per fraudulenta, declaració que no va ser sol·licitada pels actors, és conforme amb l'equitat que el Tribunal hagi preferit mantenir la seva validesa, però considerant que hi va haver mala fe per part dels demandats, amb la conseqüència d'imposar les obligacions a l'adquirent basant-se en el principi de bona fe, i al marge del que s'estableix en l'art. 9 de la Llei 23/2001 i de l'eficàcia de la inscripció registral. La dificultat d'aquesta solució aconsella en la pràctica la constitució de garanties reals o d'un altre tipus (v. gr., aval bancari) per protegir la posició dels cedents.

Resum de les Resolucions de la DGRN en recursos contra qualificacions mercantils i de la propietat

Publicades durant el primer semestre de 2018

Fernando Agustín Bonaga
Notari de Calatayud

AGRUPACIÓ

R. 8 de gener de 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1014)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda, amb l'agrupació prèvia de dues finques que es van formar per divisió d'una finca matriu, substancialment igual a la finca resultant de l'agrupació actual.

El Registrador exigeix tramitar el procediment de l'article 201 o el del 199 LH perquè té dubtes que deriven del fet que la titularitat cadastral de les finques agrupades difereix de la inscrita; i que la seva descripció difereix de la que resulta d'un plànol descriptiu al qual fan referència els seus historials registrals.

La referència en la inscripció en un plànol privat no pot justificar els dubtes sobre la identitat de la finca perquè aquest plànol no és una representació gràfica incorporada en el Registre, d'acord amb les disposicions que regulen les representacions gràfiques. El rebuig de la representació gràfica aportada tampoc no justifica la divergència en la titularitat cadastral perquè no hi ha una norma que imposi la coincidència (com passava en les immatriculacions per títol públic de l'article 298 RH derogat). La presumpció de l'article 3.3 Llei del cadastre no afecta els pronunciaments sobre titularitat del Registre de la Propietat.

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6331)

Denega la inscripció d'una sentència que declara, a favor d'una societat estatal, el domini d'una finca, la formació de la qual també s'ordena en la sentència mitjançant l'agrupació de diverses finques de l'Ajuntament demandat. La suma de les superfícies inscrites

d'aquestes finques és notablement inferior a la que s'atribueix a la finca que resulta de l'agrupació.

Els dubtes del Registrador es consideren raonables, en allò que fa referència a la superfície que es pretén inscriure, que també engloba la de les altres finques en nom del demandat, que no s'han tingut en compte en el procediment. L'excés coincideix amb la superfície d'aquestes finques, que s'identifiquen en la qualificació, de manera que la immatriculació que es pretén conduiria a una situació de doble immatriculació. El recurrent reconeix que va incórrer en error en no incorporar a la demanda judicial totes les finques registrals que ocupa l'immoble. És necessari el consentiment del titular de les finques afectades, que no es pot presumir –com pretén el recurrent– del fet que es tracti de finques del mateix demandat, que aquest s'hagi aplanat en la demanda i que aquesta es refereixi a la totalitat de l'edifici existent sobre l'immoble. La sentència ha de contenir tots els requisits exigits per les normes registrals per la inscripció, que ha d'incloure la referència concreta a l'assentament per cancel·lar.

ANOTACIÓ PREVENTIVA

R. 18 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 351)

Denega la pràctica d'una anotació de demanda derivada d'un procediment en el qual es reclama una quantitat, com a conseqüència del desistiment unilateral d'un contracte.

Certament, en matèria d'anotacions preventives regeix el criteri de *numerus clausus* i, concretament, l'anotació de demanda es preveu en l'article 42.1º LH només per la reclamació de la propietat



o de drets reals en judici. Tot i això, és doctrina de la Direcció que aquest precepte no només afecta les demandes que s'exerceix una acció real, sinó també aquelles altres que es fa valdre una pretensió purament personal, però que pugui conduir a una mutació jurídica-co-real immobiliària.

No obstant això, es denega la pràctica de l'anotació ordenada en aquest cas, per no tenir cap transcendència sobre la titularitat de les finques afectades. Quan es pretén afectar una finca al pagament d'una quantitat, és procedent anotar l'embargament. També hauria estat possible sol·licitar, com a mesura cautelar, l'anotació de la prohibició de disposar dels béns afectats.

D'altra banda, es desestima el defecte consistent en no haver acreditat la constitució de la caució exigida per l'anotació de demanda dels articles 728-3 LEC i 139-1 RH. El Jutge considera que, del conjunt de la normativa aplicable, la caució no és necessària, fet que es tracta d'una qüestió processal que excedeix dels marges de la qualificació registral.

R. 19 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 357)

Admet la inscripció d'un manament d'adjudicació derivat d'una execució de títols judicials on s'ha reconegut el millor dret d'un altre creditor que, no obstant això, en el Registre és posterior a l'executant.

La Registradora havia denegat la inscripció de l'adjudicació perquè, com que el preu d'adjudicació excedia el valor garantit per l'anotació d'embargament a favor de l'executant, entén que el romanent ha de ser dipositat i distribuït pel Jutjat a favor dels creditors posteriors, segons l'article 654-1 LEC. No obstant això, aquest article exceptua d'aquesta regla el cas que s'hagi estimat una terceria de millor dret, fet que comportarà que, en primer lloc, cobri el tercer, després l'executant i només després d'aquests els titulars posteriors. En el supòsit resolt, un cop satisfet el tercer, no hi ha cap romanent, ni per a l'executant ni per als creditors posteriors.

R. 12 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1025)

Denega la cancel·lació per caducitat d'una anotació preventiva d'embargament que va ser prorrogada abans de la nova redacció de l'article 86 LH, per la qual cosa queda sotmesa a pròrroga indefinida en els termes de l'article 199-2 RH.

La Direcció recorda la seva doctrina que diferencia entre diverses possibles situacions. Les anotacions sol·licitades després de l'entrada en vigor de la LEC-2000 caduquen un cop transcorreguts 4 anys, però es poden prorrogar successivament (art. 86 LH redactat per la LEC-2000). El mateix règim s'aplica a les anotacions practicades abans de les vigència de la LEC-2000.

Ara bé, respecte de les anotacions –com la del cas– prorrogades en virtut de manament presentat abans de l'entrada en vigor de la LEC-2000 (a aquestes es refereix la Instrucció DGRN de 12 desembre 2000, que els aplica transitòriament l'article 199-2 RH, tàcitament derogat després de la nova LEC): queden indefinidament prorrogades fins que sigui ferma la resolució judicial que posi fi al procediment. L'anotació no caduca automàticament en el moment que la resolució és ferma, sinó que, per analogia amb l'article 157 LH, només es podrà demanar la cancel·lació un cop transcorreguts sis mesos des de que es dicti la resolució ferma recaiguda en el

procés en què l'anotació i la seva pròrroga van ser decretades, que s'haurà d'aportar al Registre, i, d'aquesta manera l'anotant podrà presentar-la abans que l'afectat per l'anotació pugui fer alienacions a favor de tercers.

R. 12 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1026)

Denega la cancel·lació d'una anotació preventiva d'embargament posterior a l'anotació que s'executa. Es pretén la cancel·lació en presentar el títol d'adjudicació i manament de cancel·lació de càrregues derivats de l'execució de l'anotació preferent, que està caducada quan es presenta el títol.

La caducitat de les anotacions ordenades judicialment es produeix *ipso iure*, un cop ha transcorregut el termini de vigència (4 anys, ex art. 86 LH), encara que, formalment, l'assentament es cancel·li posteriorment, en el moment de practicar una nova inscripció o certificació. Un cop transcorregut el termini de l'anotació, o un cop s'ha cancel·lat, ja no es pot prorrogar, i els assentaments posteriors milloren automàticament el seu rang, sense que es puguin cancel·lar en virtut del manament de l'art. 175 RH, que només pot ordenar la cancel·lació dels assentaments que no són preferents.

R. 23 gener 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1582)

L'any 2014 es va practicar anotació preventiva de prohibició de disposar, com a mesura cautelar en un procediment de constrenyiment per la via de constrenyiment seguit a instàncies de l'agència tributària (a l'empara de l'article 170 LGT). Després, es va practicar una anotació d'embargament derivada d'un procediment d'execució de títols judicials, que va donar lloc a l'adjudicació de la finca a l'executant, que és qui ara sol·licita la cancel·lació per caducitat de l'anotació de prohibició de disposar, ja que entén que sobradament ha transcorregut el termini de sis mesos de l'article 81 LGT.

La Direcció ho denega. El termini semestral es refereix a la prohibició de disposar com a mesura cautelar, però no a l'anotació preventiva de l'embargament que, en defecte d'un altre termini concret, caducarà quan hagi transcorregut el termini de quatre anys de l'article 86 LH.

R. 29 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1941)

Es refereix a un supòsit en el qual en el Registre Mercantil consten presentats diversos documents, la qualificació dels quals ha estat suspesa, per haver estat qualificada desfavorablement una escriptura prèvia de cessament i nomenament d'administradors. Aquesta qualificació negativa ha estat impugnada judicialment i el Jutjat acorda, com a mesura cautelar, l'anotació preventiva de la demanda, la pràctica de la qual es discuteix en aquest recurs.

El Registrador Mercantil ho denega per trobar-se vigents els assentaments de presentació dels documents ressenyats, segons els articles 111-3 i 432-2 RH; i 18-2 LH. No obstant això, la Direcció admet la pràctica de l'anotació perquè els articles esmentats només es refereixen a títols que siguin "contradictoris o connexos". L'anotació de demanda és un assentament d'eficàcia temporal, la finalitat del qual és donar a conèixer l'existència d'una demanda l'estimació de la qual podria canviar el Registre. Per això, l'anotació

de demanda d'impugnació d'acords que es puguin inscriure –estiguin o no inscrits– no produeixen tancament registral. No es produeix cap conflicte de prioritat ni cap violació del principi de tracte successiu.

R. 23 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4713)

Admet la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament que el Registrador havia denegat per la manca d'acreditació de la fermesa del decret de la Llettrada de l'Administració de Justícia que ordena l'anotació. S'han complert tots els passos previstos en la LEC: s'ha ordenat despatxar execució en virtut de sentència ferma en judici ordinari (la fermesa exigible és la del títol executiu que dona lloc al procediment d'execució del qual deriva l'embargament); s'ha acordat la trava mitjançant el decret qualificat i s'ha expedit manament per la seva constància registral.

R. 13 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5646)

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6321)

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6328)

Un cop presentat el manament d'adjudicació i de cancel·lació de càrregues derivat de l'execució judicial d'una anotació d'embargament, la Direcció denega la cancel·lació de les càrregues posteriors a l'anotació executada, ja que estava caducada en el moment de la presentació del títol qualificat.

És doctrina de la Direcció que la caducitat de les de anotacions ordenades judicialment es produeix *ipso iure* un cop transcorregut el seu termini de vigència (4 anys, ex art. 86 LH), encara que formalment l'assentament es cancel·li posteriorment, en el moment de practicar una nova inscripció o certificació. Un cop transcorregut el termini de l'anotació o un cop cancel·lada ja no es pot prorrogar; i els assentaments posteriors milloren automàticament el seu rang, sense que puguin ser cancel·lats en virtut del manament de l'art. 175 RH, que només pot ordenar la cancel·lació dels assentaments no preferents.

ARRENDAMENT

R. 8 maig 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6874)

Admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'arrendament d'un habitatge, desestimant els dos defectes de la qualificació.

La durada del contracte no depèn de la voluntat exclusiva de l'arrendatari. Certament, s'estableix un termini de durada de 55 anys que l'arrendatari pot resoldre en qualsevol moment. Però no es produeix una infracció de l'art. 11 LAU perquè s'estableix un termini de preavis de dos mesos superior al de la Llei (un mes); es pacta per les parts una indemnització, encara que no es preveu en el contracte que hagin d'haver transcorregut sis mesos abans del desistiment, tot i que la qualificació s'ha produït un cop transcorregut aquest termini.

El pacte en virtut del qual les parts poden prorrogar per períodes d'una durada idèntica a la pactada, tret que qualsevol d'elles pugui resoldre'l amb un preavis a l'altra part de dos mesos d'antelació, no implica que el contracte tingui una durada inde-

finida. Aquesta pròrroga té caràcter facultatiu i no forçós, ja que pressuposa la confluència de voluntats entre les parts.

ADMINISTRACIÓ CORPORATIVA

R. 10 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1019)

Admet la inscripció de la compra de dos locals per part del Col·legi Oficial de Diplomats d'Infermeria de Madrid, representat pel president i pel tesorero, en execució d'un acord de la junta de govern.

Sobre la base dels Estatuts d'aquesta corporació de Dret públic, el Registrador havia entès que la junta de govern és un òrgan executiu, però no decisor, de manera que la competència per aquest acte realment correspondria a la Junta General.

No obstant això, l'article 23 dels Estatuts atribueix a la Junta de Govern la funció de "dirigir, gestionar i administrar el Col·legi". Entre els actes de gestió es troba l'adquisició d'immobles, ja que, per a aquest tipus d'actes, no hi ha cap previsió legal o estatutària de competència per la Junta General. D'altra banda, l'apreciació que pugui tractar-se d'un actiu essencial exclòs de la competència de la Junta no és una apreciació que hagi de fer el Notari o el Registrador, tret de casos notoris.

R. 24 maig 2018 (BOE 142, 12-VI-18: 7876)

Denega la immatriculació de diverses finques en virtut de certificació de domini expedida per una comunitat de regants a l'empara de l'article 206 LH, que no només reconeix aquesta potestat a les Administracions Públiques, sinó també a les entitats de Dret públic.

Les comunitats d'usuaris tenen la consideració de corporacions de Dret públic, adscrites a l'Organisme de conca (article 82-1 Llei d'aigües). Davant aquests ens territorials, que es caracteritzen per la universalitat de les seves finalitats, els que no són territorials es limiten a gestionar un servei concret, que li és encomanat per un ens territorial que es troba adscrit i pel qual són tutelats. Aquesta universalitat de finalitats explica que els ens territorials tinguin atribuïts poders superiors per la Llei, com el reglamentari, el tributari, l'expropiatori i l'aptitud per ser titulars de béns demaniais, aptitud que, amb caràcter general, no és predicable dels ens no territorials, els quals es divideixen en corporacions i institucions públiques (aquestes últimes fundades per una Administració territorial, que les tutela i estableix les finalitats que ha de complir).

Les corporacions de Dret públic (col·legis professionals, cambres, comunitats de regants...) són conjunts de persones creades per la Llei o per un acte administratiu que tenen un interès públic, però també canalitzen la defensa i representació dels interessos privats dels seus membres. En conseqüència, no es poden subsumir plenament en el concepte estricte d'Administració Pública i, per això, ni els seus fons integren el Patrimoni Públic, ni les seves quotes són exaccions tributàries, ni els seus empleats són funcionaris, ni els seus actes són actes administratius, tret dels que es produeixen en l'exercici de les seves funcions públiques atribuïdes o delegades. Per tot això –que es desprèn de la jurisprudència del TS–, les comunitats de regants no s'inclouen dins el concepte d'Administració Pública ni d'entitat vinculada a l'Administració



Pública, expressió que únicament comprèn l'Administració Pública Institucional, però no la Corporativa, que queda exclosa del mitjà immatriculador especial de l'article 206 LH.

CONCURS

R. 18 gener 2018 (BOE 29, 1-II-18: 1389)

Admet la inscripció d'una escriptura de transmissió d'una unitat productiva que es produeix en fase de liquidació de la massa activa del concurs de creditors d'una mercantil.

El Registrador no pot qüestionar el fet que l'alienació s'hagi produït mitjançant subhasta notarial electrònica. Certament, per controlar la validesa de l'acte dispositiu, el Registrador ha de conèixer i interpretar la resolució judicial que es fonamenta, però això no equival a qualificar-la.

D'altra banda, la llei atribueix a l'administració concursal el disseny originari de com liquidar, però el pla de liquidació elaborat per aquella es posa de manifest en l'oficina judicial perquè, de conformitat amb l'article 148 LC, el concursat, els creditors concursals i els representats dels treballadors (però no altres persones com, per exemple, els creditors de la massa ni els antics administradors de la societat) poden formular observacions i propostes de modificació, que no poden desvirtuar completament el pla elaborat per l'administració concursal.

En el cas resolt, el pla aprovat pel Jutge, que no és exactament el que és presentat per l'administrador concursal, reconeix a aquest últim el dret d'optar per la subhasta judicial o per la notarial, però aquesta última s'ha de realitzar segons els articles 655 i següents de la LEC. La Direcció entén que, en contra del criteri del Registrador, en les subhastes voluntàries no és necessària una taxació específica perquè el bé ja ha estat valorat per l'administració concursal en l'inventari provisional (article 75-2-1 LC).

A més, el pla de liquidació aprovat per l'administració concursal estableix un sistema de les dues subhastes successives amb un preu mínim decreixent, que permet a l'administrador concursal, si fracassen les dues subhastes, convocar-ne una altra (també amb un preu mínim) o la venda directa. Però el Jutge introdueix una modificació, permetent que –sens perjudici dels preus mínims inicials–, qualsevol interessat pugui oferir un preu inferior si té el vist i plau del creditor hipotecari. La Direcció entén que aquesta última també podrà formular licitacions per un import inferior i, en el supòsit que la licitació sigui la única o la més alta, es pugui adjudicar el bé. No obstant això, per l'aplicació supletòria de l'article 670-4-2- LEC, la quantitat oferta pel postor ha de superar, necessàriament, el 50% del preu mínim inicial.

D'acord amb el que s'ha exposat, l'alienació d'aquest cas es pot inscriure. La única licitació durant la primera subhasta és la de l'entitat creditora hipotecària, per un import superior al 50% del preu de sortida. El Notari requerit per la subhasta aprova la licitació al seu favor. L'administrador concursal i l'entitat creditora atorguen l'escriptura corresponent que conté l'extinció parcial per compensació del crèdit, i la resta té la consideració de crèdit ordinari. El Jutge del concurs dicta interlocutòria ordenant la cancel·lació de càrregues, sobre la base del qual implícitament

es pot deduir la conformitat del Jutge i dels creditors que han comparegut en el concurs.

R. 17 maig 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7185)

Consten inscrites una constitució d'hipoteca i la declaració posterior de concurs del titular de l'immoble hipotecat. Ara bé, en fase concursal de liquidació, s'admet la inscripció de la providència que ordena la cancel·lació de l'anotació de concurs i de les càrregues anteriors (concretament, la hipoteca executada).

Dels articles 155-4 i 149-2 LC es desprèn que, quan l'alienació d'un bé concursat gravat es fa sense la subsistència de la garantia, si el preu obtingut no assoleix el seu valor, és necessària la conformitat de tots els creditors amb privilegi especial o, si es tracta d'alienacions d'unitat productiva, dels creditors d'aquest tipus que representin el 75% del passiu d'aquesta naturalesa. Segons la STS 21 novembre 2017, la consideració de si en el procediment judicial els creditors amb privilegi especial afectats han tingut o no la intervenció adequada excedeix les facultats de qualificació de l'article 100 RH, i, en general, si han complert o no els requisits exigits per les normes concursals per poder realitzar la cancel·lació de les hipoteques.

També es refusa l'altre defecte de la qualificació, relatiu a la falta de fermesa del manament de cancel·lació. El manament és un acte de comunicació processal aliè al concepte processal de fermesa. A més, el manament del cas sí que conté una referència a la fermesa de la providència que ha acordat la cancel·lació.

R. 1 juny 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8480)

Denega l'inici d'un procediment de designació de mediador concursal en el Registre Mercantil per arribar a un acord extrajudicial de pagaments i d'inscripció d'empresari individual perquè es tracta d'una persona física no empresària, que manifestar trobar-se actualment negociant amb els seus creditors un acord de refinançament.

De la mateixa manera que el nomenament d'experts independents/auditors i la gestió del codi LEI, la designació de mediador concursal no és una funció de qualificació, sinó un acord adoptat per l'autoritat pública competent, fet que té unes conseqüències: l'escàs rigorisme formal del procediment; l'existència d'un sistema de recursos diferents al de la qualificació; i l'aplicació subsidiària de la Llei 39/2015 sobre PAC de les AAPP. El procediment de designació de mediador concursal implica la sol·licitud d'obertura de full d'empresari individual. En primer lloc, el Registrador ha de verificar si el sol·licitant és empresari o entitat que es pot inscriure, tenint en consideració a aquests efectes l'article 231-1-2º LC, que considera empresari també una persona natural que exerceixi activitats professionals o ho sigui a efectes de la legislació de la Seguretat Social, així com els treballadors autònoms. La negociació d'un acord de refinançament amb els creditors exclou l'obertura de l'expedient de mediador concursal (article 231-4 LC).

El sol·licitant d'aquest cas no acredita la seva condició d'empresari, sinó més aviat el contrari, ja que aporta una còpia de les seves nòmines i el seu contracte de treball per compte aliè. En conseqüència, la competència per a la designació correspon al No-

tari del domicili del deutor que, un cop apreciada la seva pròpia competència, ha de comunicar a l'interessat les deficiències que observi en la documentació (article 232-3 LC) per, finalment, dictar resolució estimant o desestimant de forma motivada la sol·licitud, i notificar-la amb peu de recursos. D'altra banda, es troba negociant un acord de refinançament.

R. 4 juny 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8482)

Un cop declarada en concurs voluntari la societat titular d'una finca (situació concursal que es fa constar en el Registre Públic Concursal, tot i que no es fa constar en el Registre de la Propietat), i un cop decretada la mera intervenció de les facultats d'administració i de disposició, ara es denega la inscripció d'una escriptura de permuta de la finca, en la qual la societat concursada va comparèixer representada pel seu administrador solidari.

És necessària la intervenció de l'administrador concursal (article 40-1 LC) i, si el concurs es trobés en la fase comuna, també s'ha d'exigir l'autorització del Jutge del concurs o l'acreditació de la concurrència d'alguna de les circumstàncies que exceptuen l'autorització judicial necessària (article 43 LC), sense que la declaració del representant de la societat que, segons ell té capacitat d'obrar, eximeixi del compliment dels requisits anteriors.

D'altra banda, els actes realitzats sense la intervenció de l'administrador social, en el supòsit d'una intervenció, o del propi administrador concursal, en el supòsit de suspensió, no poden accedir en el Registre de la Propietat, tret que siguin confirmats o convalidats expressament per aquest òrgan auxiliar del jutge o s'acrediti, o bé la caducitat de l'acció d'anul·lació, o bé el desistiment per sentència ferma de l'acció exercitada (article 40-7 LC).

CONDICIÓ

R. 10 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1020)

Denega la inscripció d'una compravenda sotmesa a condició suspensiva del pagament del preu ajornat i que correspon només a set de les nou finques venudes. Un cop caducat l'assentament de la primera presentació telemàtica, l'any següent es presenta una nova còpia de la mateixa escriptura, que conté una nota en la matriu segons la qual la part venedora ha atorgat, davant del mateix Notari, una escriptura que declara incompleta la condició suspensiva i resolta la venda.

Només poden accedir al Registre títols que, aparentment, són vàlids i perfectes, però no els claudicants. S'entenen com a tals els que revelen una causa de nul·litat o resolució susceptible d'impugnació. Aquest tipus de qüestions traspassen la funció qualificadora del Registrador i, de no concórrer la conformitat dels interessats, s'han de resoldre judicialment. Tot això sens perjudici de la possibilitat que té l'interessat de presentar l'escriptura de resolució de compravenda ressenyada perquè el Registrador pugui apreciar si el seu contingut és o no suficientment obstatiu per la inscripció que es pretén (sobretot respecte de les dues finques no afectades per la condició).

COSTES

R. 7 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4278)

Denega la inscripció de l'adquisició per herència d'una finca que limita amb la zona marítima, segons el Registre; però que envaeix el domini públic segons el cadastre i segons el certificat del Servei Perifèric de Costes, de conformitat amb la delimitació vigent de la zona.

L'article 36 Reglament de Costes, aprovat per RD 876/2014, ordena al Registrador suspendre la inscripció si la finca talla o és contigua al domini públic, de conformitat amb la representació gràfica proporcionada per la Direcció General de Sostenibilitat de la Costa i del Mar, que ha de proporcionar-la a la DGRN en suport electrònic. La R. DGRN 2 d'agost 2016 homologa l'aplicació informàtica que permet relacionar la representació gràfica de la finca amb la descripció del foli real.

Malgrat que la delimitació que afecta aquest supòsit va ser aprovada l'any 1968 (per tant, d'acord amb una normativa de costes que ja està derogada), el Registrador no pot procedir segons el que es preveu en l'article 36-4 RGC, per als supòsits pendents de delimitació, tal com al·lega el recurrent.

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6332)

Suspèn la inscripció d'un ofici en virtut del qual la Demarcació Provincial de Costes, a l'efecte de l'article 31-4 del Reglament de Costes, comunica que una determinada finca registral ha estat delimitada com íntegrament pertanyent al domini públic marítim-terrestre (com que la delimitació va ser aprovada l'any 2010, aquest supòsit es regeix pel Reglament de Costes de 1989).

No es pot immatricular una finca que ja està immatriculada. Efectivament, l'article esmentat preveu dues hipòtesis: si la finca delimitada no està inscrita, la mateixa delimitació constitueix títol suficient per a ser immatriculada a favor de l'Administració; però si la finca ja està inscrita –com en aquest cas–, és procedent la rectificació del Registrador regulada per l'article 40 LH, que exigeix, amb caràcter general, el consentiment del titular registral o resolució judicial. En el cas d'aquest expedient, no consta que s'hagi expedat anotació preventiva d'incoació de l'expedient de delimitació, ni nota marginal d'expedició de la certificació registral de domini i càrregues, ni consta la intervenció dels titulars registrals de la finca ni de les hipoteques que la graven en l'expedient de delimitació, ni el consentiment d'aquests, ni resolució judicial, ni la notificació als titulars en l'expedient administratiu.

R. 23 maig 2018 (BOE 143, 13-VI-18: 7949)

Denega la inscripció d'una compravenda de finca inscrita perquè el Registrador havia exigít la prèvia aportació de la certificació del Servei Perifèric de Costes sobre la possible invasió del domini públic marítim-terrestre (que es va posar de manifest a través d'una consulta al cadastre) i aquesta invasió es confirma per l'informe emès per aquest servei.

L'article 36 del Reglament de Costes, aprovat pel RD 876/2014, ordena al Registrador suspendre la inscripció si la finca envaeix o limita amb el domini públic, de conformitat amb la representació gràfica proporcionada per la Direcció General de Sostenibilitat



de la Costa i del Mar, que ha de proporcionar-la a la DGRN en suport electrònic. La nova regulació pretén que el Registrador pugui comprovar directament, tenint en compte les representacions gràfiques, la situació de les finques en relació amb el domini públic i les servituds legals. Quan a partir d'aquesta comprovació es desprengui una invasió o intersecció, serà procedent la sol·licitud del Registrador d'un pronunciament del Servei perifèric.

Mentre no estava operativa la corresponent aplicació informàtica per al tractament de bases gràfiques (és a dir, fins al 2 d'agost de 2016), l'única forma de determinar si es produïa una intersecció o limitació era la certificació del Servei Perifèric de Costes, tot i que la seva aportació només era exigible respecte d'aquelles finques que, segons el Registre, el Cadastre i les altres dades que podia tenir accés el Registrador per raó del seu càrrec, limitessin amb el domini públic o poguessin estar subjectes a aquelles servituds. La mateixa solució és aplicable en els casos –com el resolt– que les aplicacions informàtiques per al tractament de bases gràfiques no disposin de la representació gràfica georeferenciada d'aquelles zones.

DRETS D'ADQUISICIÓ PREFERENT DE L'ADMINISTRACIÓ

R. 21 febrer 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3261)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda de dues finques declarades Béns d'Interès Cultural, consideració que consta en el Registre mitjançant nota marginal. La Direcció desestima els defectes de qualificació objecte de recurs.

L'article 23 de la Llei valenciana 4/1998, de patrimoni cultural valencià, a efectes de l'exercici dels drets de tanteig i retracte que tenen la Generalitat i l'Ajuntament en el supòsit de venda d'aquest tipus de béns, exigeix justificació fefaent de la notificació a l'òrgan competent. En aquest supòsit es discuteix si la notificació mitjançant correu certificat amb acusament de recepció compleix l'exigència legal. Segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem, els requisits exigits en cada cas per les normes per notificar correctament s'han d'interpretar segons la finalitat funcional de la notificació, que és garantir el coneixement efectiu del destinatari perquè pugui adoptar la posició jurídica que li convingui. Però en el supòsit resolt ni tan sols és necessari fer una interpretació finalista de la norma, ja que consta que l'Ajuntament destinatari de la notificació la va rebre efectivament.

D'altra banda, sobre la clàusula de despeses i tributs certament hi ha discrepàncies, entre la notificació prèvia a efectes de tanteig i l'escriptura. El que passa és que, respecte de despeses i tributs de l'immoble, no es canvia el règim legal; i, respecte de les despeses generades per l'atorgament de l'escriptura, l'única diferència és que la plusvàlua s'imputa "segons la Llei" en la notificació, i a càrrec del comprador en l'escriptura. Com que segons la Llei el pagament d'aquest tribut correspondria al venedor, certament les condicions notificades encara han estat més favorables per al comprador que les que es recullen a l'escriptura, fet que determina que si al notificat no li va interessar l'exercici del dret d'adquisició en les condicions notificades, amb major raó no li hauria interessat en condicions més oneroses.

Finalment, la Direcció entén que l'Ajuntament no ha exercit el seu dret de tanteig i que, per tant, que s'hagi produït el tancament

registral previst en l'article 23 Llei 4/1998. Quan es pacta el pagament del preu al comptat, la reclamació judicial de l'exercici del retracte requereix la seva consignació prèvia o prestació de caució suficient, per la mateixa raó que el seu exercici extrajudicial exigirà el pagament en la forma convinguda (STS 14 gener 2015). En aquest supòsit, l'Ajuntament s'ha limitat a proposar una modificació de les condicions de pagament del preu, que consisteix en un ajornament durant quatre anys o l'atorgament d'un finançament alternatiu, fet que no consta que hagi estat acceptat pel propietari dels immobles venuts. A mode de resum, ja transcorregut el termini per l'exercici del dret, sense que l'Administració hagi acceptat l'oferta comunicada i tampoc hagi pagat el preu en la quantia i termini convinguts. Sens perjudici de l'exercici de les accions judicials pertinents, no es pot proscriure en seu judicial la inscripció d'una venda la validesa de la qual no es discuteix i l'eficàcia de la qual està condicionada a la pràctica d'una notificació que, d'altra banda, ha estat degudament acreditada. Una titularitat inscrita no es pot qualificar de claudicant pel fet d'estar subjecte a l'exercici de les facultats desorbitants que la Llei reconeix a les Administracions Públiques.

DESCRIPCIÓ I GEOREFERENCIACIÓ DE FINQUES

R. 13 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 143)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'herència respecte d'una finca que, en el títol i en el Registre, consta com una superfície ignorada i de la qual no s'especifica la referència cadastral.

La Llei 13/2015 ha elevat a rang de Llei (article 9 LH) l'anterior exigència reglamentària d'expressar en sistema mètric decimal la cabuda superficial de les finques "en tot cas", és a dir, encara que en l'història registral la finca aparegui sense aquesta mesura. La inscripció de la superfície d'una finca que fins en aquest moment no la tenia inscrita, sense que en sentit tècnic sigui una immatriculació, sí que té certa entitat immatriculadora, per la qual cosa s'exigeix acreditar la ubicació i la delimitació geogràfica d'aquesta superfície, amb les garanties de notificació als confrontants potencialment afectats, emprant per a això, o bé el procediment de l'article 199 LH, o bé l'expedient de l'article 201-1. No és procedent el procediment excepcional de l'article 201-3, que està reservat als casos que l'excés no sigui superior al 5% o al 10% de la cabuda inscrita, perquè en aquest cas no consta cap cabuda inscrita.

D'altra banda, es tracta d'una finca edificada i no consta ni la superfície del sòl ni la de l'edificació. Per poder inscriure la superfície de l'edificació, també s'han de complir els requisits exigits per la legislació urbanística.

R. 18 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 352)

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral perquè entén que els dubtes de la Registradora, sobre l'existència prèvia d'una rectificació de la superfície inscrita i sobre l'existència d'una controvèrsia judicial relativa a un supòsit de doble immatriculació de la finca, que va reconèixer que la superfície publicada en aquell moment en el Cadastre era correcta (tot i que s'ha modificat posteriorment), estan justificats. És possible que no es tracti d'una rectificació d'una dada descriptiva inscrita, sinó que el que es vulgui sigui alterar els drets de tercers. A més, concretament s'ha

produït l'oposició d'un confrontant. S'ha d'acudir al procediment de delimitació o el judici declaratiu corresponent.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre el procediment de l'article 199 LH. Els dubtes del Registrador, que han d'estar motivats i fonamentats en criteris objectius i raonats, s'han de referir al fet que la representació gràfica coincideixi en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, a la possible invasió de finques confrontants immatriculades o a l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. Als efectes de valorar la correspondència de la representació gràfica aportada, el Registrador pot utilitzar altres representacions auxiliars disponibles, entre les quals hi ha una aplicació informàtica homologada per R. DGRN 2 d'agost 2016.

R. 19 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 356)

Suspèn la inscripció de la representació gràfica cadastral de diverses finques, però admet la inscripció respecte d'unes altres, en virtut de la tramitació dels procediments de l'article 199 LH.

Concretament, es refusa la inscripció de la representació gràfica d'una sola parcel·la cadastral que correspon a tres finques registrals perquè això implicaria encobrir un acte d'agrupació prohibit expressament pels articles 199 i 201 LH (la Resolució conjunta de la DGRN-DGC 26 octubre 2015 sí que admet el cas invers de coordinació entre una sola finca registral i diverses parcel·les cadastrals, fent constar la representació de cadascuna d'elles).

A més, hi ha dubtes justificats sobre la identitat de la finca, així com l'oposició del titular d'una sisena part indivisa de les finques. També es refusa la inscripció de la representació gràfica d'altres finques perquè es produeix una greu desproporció de cabuda, consten les oposicions d'un confrontat i d'un copropietari, així com el reconeixement exprés de l'existència de negocis verbals que puguin implicar l'encobriment de negocis translatius o operacions de modificació d'entitats hipotecàries. El promotor podrà instar la delimitació conforme a l'article 200 LH o acudir al procediment declaratiu corresponent (article 198 LH).

No obstant això, s'admet la inscripció de la representació gràfica cadastral respecte de les tres finques, perquè consta inscrit un excés de cabuda previ en expedient judicial de domini sobre la finca matriu, així com la segregació posterior d'aquestes tres finques, les descripcions de les quals coincideixen totalment amb les de la representació gràfica cadastral que pretén inscriure. Els dubtes registrals d'entitat no es consideren justificats perquè prèviament hi ha hagut un procediment descriptiu judicial que es troba inscrit i que concorda amb la representació gràfica qualificada. Fins i tot s'hauria pogut practicar la inscripció sobre la base de l'article 9-b LH, sense la necessitat de tramitar el procediment de l'article 199.

R. 17 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1032)

R. 21 desembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 421)

Apliquen la regla de l'article 45 Llei del Cadastre Immobiliari, segons el qual s'entén que una referència cadastral correspon amb la identitat d'una finca en els casos següents: sempre que les dades de situació, denominació i superfície coincideixin amb les del titular i, en aquest cas, amb els del Registre; quan es produeixin diferències de superfície no superiors al 10%, sempre que, a més,

no hi hagi dubtes raonables sobre la identitat de la finca derivats d'altres dades descriptives.

En aplicació d'aquesta doctrina:

-La R. 21 desembre 2017 denega la constància de la referència cadastral d'una finca perquè, malgrat que no hi hagi dubtes sobre la seva localització i identificació entre el Registre i la certificació cadastral descriptiva i gràfica, sí que es produeix entre aquestes una diferència de cabuda superior al 10%.

-La R. 17 gener 2018 denega la constància registral de la referència cadastral d'una finca rústica que en el Registre apareix descrita amb unes altres referències de parcel·la i polígon i, a més, la certificació cadastral descriptiva i gràfica aportada incorpora una cabuda superior en més del 10% respecte de la superfície inscrita.

R. 17 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1033)

R. 16 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1029)

R. 15 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1027)

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral que s'insta mitjançant sol·licitud d'inici del procediment de l'article 199 LH.

És doctrina consolidada que per iniciar aquest procediment cal una sol·licitud expressa del seu titular. Els dubtes del Registrador, que es poden plantejar des del moment inicial del procediment, han d'estar motivats i justificats sobre la base de criteris objectius i raonats; i han de fer referència al fet que la representació gràfica coincideixi en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, i la possible invasió de finques confrontants immatriculades o a l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. Quan s'aporti, juntament amb la certificació cadastral descriptiva i gràfica, una representació georeferenciada alternativa, s'han de notificar els titulars cadastrals confrontants afectats, i correspon al Registrador decidir motivadament segons el seu criteri sobre la base de les al·legacions efectuades, ja que la mera oposició no determina la denegació de la inscripció.

Resolucions en particular:

-La R. 17 gener 2016 suspèn la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral que s'insta mitjançant la tramitació del procediment de l'article 199-2 LH, en considerar que els dubtes de la Registradora estan justificats sobre la base de la possible invasió d'una finca confrontant i d'un camí veïnal i, a més, es produeix l'oposició del titular confrontant basada en un informe tècnic contradictori aportat en l'expedient, es podrà acudir al procediment de delimitació regulat en l'article 200 LH, sens perjudici d'acudir al judici declaratiu corresponent (article 198 LH).

-La R. 16 gener 2018 i la R. 15 gener 2018 suspenen la inscripció d'una representació gràfica cadastral que s'insta a través del procediment de l'article 199 LH. La Direcció estima fonamentats els dubtes registrals que ja es posen de manifest a l'inici de l'expedient, sobre la possible existència de negocis no documentats que hagin motivat les diferències descriptives. En aquest sentit, en la R. 16 gener 2018, la proposta de delimitació perimetral de la finca és molt diferent que la cadastral, i, respecte del Registre, es produeix una reducció de la cabuda del 32% i alteracions en els l·lindars. En la R. 15 gener 2018, segons el Registre, la finca es correspon amb



una sola parcel·la cadastral i mesura 149 metres quadrats; i ara es pretén fer constar que engloba una segona parcel·la cadastral, de manera que tota la finca passi a mesurar 1.775 metres. En tots els casos, com que no és procedent la inscripció de la representació gràfica per la via de l'article 199 –tret que s'aporti la documentació requerida per la Registradora–, els interessats podran acudir al procediment específic notarial de rectificació de l'article 201 LH; i també tenen la possibilitat d'acudir al judici ordinari corresponent (últim paràgraf de l'article 198 LH).

R. 7 febrer 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2489)

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral, amb la iniciació prèvia del procediment de l'article 199 LH.

Respecte de l'al·legació de no haver-se iniciat aquest procediment, la Direcció entén que si hi ha una sol·licitud expressa de inscripció de representació gràfica, està plenament justificada la seva tramitació si, al parer del Registrador, hi ha confrontants registrals que puguin resultar afectats per la inscripció d'aquesta representació i que han de ser notificats abans de la pràctica de la inscripció.

Respecte de l'al·legació de l'excés de cabuda, es pot inscriure directament perquè no supera el 10% de la cabuda inscrita, tot i que, certament, és admissible inscriure rectificacions superficials dins d'aquest límit amb la simultània inscripció de la representació gràfica de la finca (article 9-b LH). Això no impedeix que, a través del procediment de l'article 199, es puguin inscriure rectificacions descriptives de qualsevol naturalesa i magnitud, a més d'obtenir la inscripció de la georeferenciació de la finca.

Finalment, respecte dels dubtes del Registrador, la Direcció recorda la seva doctrina. Aquests dubtes han d'estar motivats i justificats en criteris objectius i raonats; i han de fer referència al fet que la representació gràfica coincideix en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, i la possible invasió de finques confrontants immatriculades o l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. Quan s'aporti, juntament amb la certificació cadastral descriptiva i gràfica, una representació georeferenciada alternativa, s'han de notificar els titulars cadastrals confrontants afectats, i correspon al Registrador decidir motivadament segons el seu criteri sobre la base de les al·legacions efectuades, ja que la mera oposició no determina la denegació de la inscripció.

En el supòsit resolt, els dubtes de la Registradora estan justificats sobre l'existència de conflicte entre finques contigües, ja que l'oposició formulada per un dels confrontants es basa en documentació fefaent que revela l'existència d'un litigi motivat per alteracions en la cartografia cadastral. Es pot acudir al procediment de delimitació (article 200 LH), sens perjudici de poder acudir també al judici declaratiu corresponent (article 198 LH).

R. 22 febrer 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3265)

Admet l'emissió de la certificació registral prevista en la fase inicial del procediment de l'article 201 LH, desestimant els obstacles al·legats pel Registrador.

Els dubtes d'entitat han d'estar motivats i justificats en criteris objectius i raonats; i han de fer referència al fet que la representació gràfica coincideix en tot o en part amb una altra base gràfi-

ca inscrita o amb el domini públic, i la possible invasió de finques confrontants immatriculades o a l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. En aquest cas, el dubte al·legat consisteix en que ja hi ha una finca inscrita amb el mateix número postal, tot i que el Registrador no indica quina és la finca que es veu afectada, ni qui n'és el titular, ni de quina manera es pot veure afectat a efectes de poder intervenir en el procediment en defensa dels seus drets. Tot i que la modificació del número postal no requereix acudir a aquest expedient, no hi ha dubte que a través d'aquest també es pot acreditar aquesta modificació. Però en aquest cas, la coincidència dels números ja es despenia dels assentaments del Registre, de manera que, si no s'hagués estimat, el Registrador podria haver iniciat d'ofici el procediment de rectificació de doble immatriculació de l'article 209 LH. A més, l'existència de dubtes d'identitat no justifica la suspensió del procediment de l'article 201, ja que durant la tramitació es podran practicar les diligències oportunes per dissipar aquests dubtes.

Un altre defecte es que la nova descripció que es vol donar a la finca no coincideix amb la que resulta de la certificació cadastral, sinó amb la resultant de la descripció gràfica alternativa que s'aporta. Es tracta d'una possibilitat que s'admet expressament en el procediment de l'article 201 (a diferència del que es preveu respecte de les immatriculacions, que la coincidència de la descripció del títol amb el cadastre ha de ser total). El Notari, de conformitat amb l'article 18-2-c LCI, haurà de: notificar als propietaris confrontants segons l'article 9-4 LH i, si no hi ha oposició, notificar al Cadastre la nova descripció incorporada al document públic, en un termini màxim de cinc dies des de la seva formalització.

R. 8 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4281)

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral, un cop s'ha tramitat l'expedient de l'article 199 LH, perquè aquesta representació inclou un carreró de titularitat municipal (domini públic), segons es desprèn de l'informe de l'Ajuntament i de les al·legacions d'un confrontant. L'interessat podrà exercir els recursos o actuacions corresponents davant l'autoritat municipal o judicial.

És doctrina de la Direcció sobre el procediment de l'article 199 LH, que els dubtes del Registrador han d'estar motivats i justificats en criteris objectius i raonats; i han de fer referència al fet que la representació gràfica coincideix en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, i la possible invasió de finques confrontants immatriculades o l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. A l'efecte de valorar la correspondència de la representació gràfica aportada, el Registrador pot utilitzar altres representacions auxiliars disponibles, entre les quals hi ha una aplicació informàtica homologada per R. DGRN 2 d'agost 2016.

R. 21 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4707)

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral, un cop tramitat el procediment de l'article 199 LH, i considera que els dubtes de la Registradora estan fonamentats, ja que es produeix l'oposició d'un confrontant que aporta documentació fefaent de la qual es desprèn l'existència d'un litigi motivat per alteracions en la cartografia cadastral. La delimitació gràfica de la finca que es pretén inscriure no és pacífica, ja que pot afectar els drets de tercers.

Es pot acudir al procediment de delimitació de l'article 200 LH, sens perjudici d'acudir al judici declaratiu corresponent (article 198 LH).

La Direcció recorda la seva doctrina sobre el procediment de l'article 199 LH. Segons l'article 9-b LH, s'apliquen els requisits de l'article 199 per la incorporació potestativa de la representació gràfica, la finalitat dels quals és salvaguardar els drets dels confrontants, de manera que no té sentit generalitzar aquest tràmit quan no hi ha confrontants afectats, és a dir, quan no hi ha diferències de cabuda superiors al 10% que impedeixen la correcta identificació de la finca. Per iniciar aquest procediment s'exigeix la sol·licitud expressa del titular.

Els dubtes del Registrador, que han d'estar motivats i justificats en criteris objectius i raonats; han de fer referència al fet que la representació gràfica coincideix en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, i la possible invasió de finques confrontants immatriculades o l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. Per tal de valorar la correspondència de la representació gràfica aportada, el Registrador pot utilitzar altres representacions auxiliars disponibles, entre les quals hi ha una aplicació informàtica homologada per R. DGRN 2 d'agost 2016. En el supòsit que s'aporti, juntament amb la certificació cadastral descriptiva i gràfica, una representació gràfica georreferenciada alternativa (article 9-b LH) perquè no es correspon la realitat física amb la del Cadastre, s'han de notificar als titulars cadastrals confrontants afectats, i correspon al Registrador, sobre la base de les al·legacions realitzades, decidir motivadament segons el seu criteri, ja que la mera oposició no determina la denegació de la inscripció.

R. 13 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5645)

Denega la inscripció d'una representació gràfica cadastral que s'insta mitjançant el procediment de l'article 199 LH, i considera que els dubtes del Registrador estan justificats perquè consta inscrita la finca com una construcció de 72 metres quadrats més un corral la superfície del qual no consta. A més, la representació cadastral que ara es vol inscriure té una cabuda de 476 metres quadrats i, a més, consta l'oposició expressa de l'Ajuntament que al·lega la invasió de vials públics, aportant un informe i plànols municipals. La Direcció també reproduceix la seva doctrina sobre el procediment de l'article 199 LH.

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6317)

Confirma la denegació d'una rectificació descriptiva, que s'instava a través del procediment de l'article 199 LH, i que consistia en una disminució de cabuda important i en fer correspondre la finca inscrita amb 18 parcel·les cadastrals, que constituïen una muntanya, algunes de les quals no limiten amb les altres i a sobre d'algunes hi ha construccions cadastrals a nom d'altres titulars.

La Direcció exposa els mitjans existents per registrar excessos de cabuda després de la Llei 13/2015:

-Els que no preveuen una tramitació prèvia que permeti la intervenció dels confrontants i de tercers: el de les lletres a) i b) de l'article 201-3 LH, limitat al 10% o el 5% de la cabuda inscrita i que només permet rectificar la superfície literal; i el procediment de l'article 9-b) LH que permet inscriure rectificacions superficials no

superiors al 10% de la cabuda inscrita i amb la inscripció simultània de la representació gràfica.

-Els que preveuen garanties prèvies per tercers (notificacions als confrontants, edictes en el BOE, alertes geogràfiques registrals, termini d'al·legacions) i que permeten inscriure rectificacions descriptives de qualsevol naturalesa i magnitud, així com obtenir la representació geogràfica de la finca: el de l'article 199 LH, que s'atribueix als Registradors; i el que es regula en l'article 201-1 LH (que es remet a l'article 203).

En el supòsit resolt, la Direcció considera que els dubtes registrals d'entitat estan justificats i per dissipar-los seria més adequat el procediment de l'article 201-1 LH, que permet al Notari practicar les diligències que consideri oportunes. Respecte de les parcel·les que no confronten amb les altres, encara que, certament, concurren els requisits per poder formar una finca discontinua que consisteix en una unitat d'explotació (totes les parcel·les tenen un ús llenyós o forestal i són properes i algunes estan comunicades per un camí) aquesta qualitat no consta en la inscripció. Respecte de l'existència de construccions cadastrals a favor d'altres titulars, que no consten en la inscripció, no es pot fer el seu registre ometent el negoci translatiu i les modificacions de caràcter hipotecari corresponents (segregació, obra nova).

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6320)

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6319)

Estableix doctrina sobre els requisits de les notificacions exigides en el procediment notarial de rectificació descriptiva de finca dels articles 201 i 203 LH.

Els titulars registrals confrontants que s'han de notificar són els que resulten de les representacions gràfiques inscrites o de les bases gràfiques arxivades (segons la redacció de l'article 9 LH anterior a la Llei 13/2015), però també hauran de ser notificats els que consten en la descripció literal. És en la certificació registral inicial on el Registrador ha d'expressar, a més de la descripció literal, qui són els confrontants segons les representacions gràfiques existents, així com altres que es puguin desprendre de la consulta dels índex o altres assentaments. No obstant això, sempre s'han de notificar els confrontants que resultin de la descripció literal, sens perjudici de la possible responsabilitat del Registrador per no haver-ne fet constar d'altres en la certificació.

La forma de realitzar les notificacions als titulars confrontants i a la persona de la qual procedeix la finca és la prevista en el Títol VI LH, és a dir, la de l'article 199 LH: ha de ser de forma personal i si es desconeix algun dels interessats, si s'ignora el lloc de la notificació o si, després de dos intents aquesta no fos efectiva, es farà mitjançant edicte en el BOE, sens perjudici d'utilitzar, en tot cas, el sistema d'alertes de la regla setena de l'article 203. A més, no és correcte que l'anunci publicat en el BOE es dirigeixi "a qualsevol interessat", sinó que s'ha de dirigir nominalment als interessats en la notificació, ja que, en el cas contrari, es produiria un clar perjudici de les seves garanties si no constés el destinatari de la notificació, dificultant que pogués arribar al seu coneixement.

En aplicació d'aquesta doctrina, ambdues resolucions suspèn la inscripció de sengles actes notariais de rectificació descriptiva de la finca, tramitada de conformitat amb els articles 201 i 203



LH, perquè el Notari no ha notificat a cap persona com a titular registral confrontant, tot i l'al·legació que el què no està actualitzat és el Registre i que qui ha d'indicar els confrontants és el Registrador quan expedeix la certificació inicial del procediment. Les notificacions preceptives tampoc s'han realitzat correctament perquè l'anunci s'ha inserit en el BOE sense haver intentat la notificació personal dues vegades i s'ha dirigit "a qualsevol interessat".

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6319)

Suspèn la inscripció d'una acta notarial de rectificació descriptiva de finca, tramitada de conformitat amb els articles 201 i 203 LH.

El Notari no ha notificat a cap persona com a titular registral confrontant, al·legant que el Registre no està actualitzat i que és el Registrador qui ha d'indicar els confrontants quan expedeix la certificació inicial del procediment. Als efectes de la notificació, s'ha d'entendre per contigus registrals els que resultin de les representacions gràfiques inscrites o de les bases gràfiques arxivades (segons la redacció de l'article 9 LH anterior a la Llei 13/2015), però també ho seran en tot cas els que constin en la descripció literària, els quals haurien de ser notificats en aquest supòsit, en el qual no consta registrament cap representació o base gràfica. Certament, en l'oportuna certificació registral inicial és on s'haurien d'haver determinat les finques confrontants afectades, sens perjudici de la possible responsabilitat del Registrador per no deixar constància dels altres titulars que haurien de figurar en la certificació, per la qual cosa s'ha de confirmar el defecte.

En segon lloc, no s'ha realitzat correctament la notificació al titular cadastral i a la persona de la qual procedeix la finca. Aquesta notificació s'ha de fer en la forma prevista en el Títol VI LH; és a dir, de forma personal; i si es desconeix algun dels interessats, si s'ignora el lloc de la notificació, o si, després de dos intents no és efectiva, es farà mitjançant edicte inserit en el BOE, sens perjudici d'utilitzar, en tot cas, el sistema d'alertes de la regla setena de l'article 203. En aquest cas, l'anunci s'ha inserit en el BOE sense haver intentat, com a mínim dos cops, la notificació personal, i s'ha adreçat "a qualsevol interessat", quan s'hauria d'haver adreçat nominalment als interessats en la notificació per no dificultar que arribés al seu coneixement.

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6326)

R. 11 maig 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7109)

R. 16 maig 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7181)

Apliquen la doctrina de la Direcció sobre el procediment de l'article 199 LH. La seva finalitat principal és salvaguardar els drets dels confrontants, de manera que no té sentit generalitzar aquest tràmit quan no hi ha confrontants afectats, és a dir, quan no hi ha diferències de cabuda superiors al 10% que impedeixin la correcta identificació de la finca. Els dubtes del Registrador, que han d'estar motivats i justificats en criteris objectius i raonats; i han de fer referència al fet que la representació gràfica coincideix en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, i la possible invasió de finques confrontants immatriculades o l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. En el supòsit que s'aporti, juntament amb la certificació cadastral descriptiva i gràfica, una representació gràfica georeferenciada alternativa (article 9-b LH) perquè no es correspon la realitat fi-

sica amb la del Cadastre, s'han de notificar els titulars cadastrals confrontants afectats, i correspon al Registrador, sobre la base de les al·legacions realitzades, decidir motivadament segons el seu criteri, ja que la mera oposició no determina la denegació de la inscripció.

En aplicació d'aquesta doctrina:

-La R. 24 abril 2018 admet la inscripció d'una representació gràfica cadastral per la via del procediment de l'article 199 LH, tot i que s'ha aportat un escrit d'oposició d'un propietari confrontant. El Registrador entén que perjudicaria la inscripció sol·licitada perquè implica l'apropiació d'una part del seu terreny i li nega la sortida a la via pública. La Direcció considera que no estan justificats els dubtes d'entitat perquè es basen en les al·legacions del confrontant, però sense aportar cap documentació que les acrediti, de manera que no hi ha cap motiu pel qual aquestes al·legacions hagin de prevaldre sobre la sol·licitud de la inscripció.

-La R. 11 maig 2018 admet la inscripció d'una representació gràfica georeferenciada per la via del procediment de l'article 199 LH, tot i que s'ha aportat un escrit d'oposició d'un propietari confrontant sobre la possible invasió de la seva parcel·la. La Direcció considera que els dubtes d'identitat no estan justificats. No és raonable entendre que la mera oposició, que no estigui degudament fonamentada aportant una prova escrita del dret de qui la formula, pugui fer derivar el procediment a la jurisdicció contenciosa, desvirtuant l'essència pròpia de l'expedient de jurisdicció voluntària.

-La R. 16 maig 2018 denega la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral que resulta d'un informe tècnic que s'aporta, segons el qual la finca registral correspon, a més, amb les tres parcel·les cadastrals que consten en la inscripció i amb d'altres, algunes de les quals consten en el Cadastre en nom dels que acrediten, segons el Registre, ser hereus d'un dels confrontants que formulen oposició en el procediment. Els dubtes del Registrador estan fonamentats. Subsisteix una disputa entre la titularitat de les cadastrals i la seva identificació amb les finques registrals respectives. Com que la incorporació de la representació gràfica és denegada per la possible invasió d'una finca confrontant immatriculada, es possible instar la delimitació (article 200 LH) o interposar demanda en el procediment declaratiu que determini la propietat de la superfície disputada, així com instar la rectificació registral consegüent.

R. 21 maig 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7670)

S'admet la inscripció d'una representació gràfica georeferenciada per la via del procediment de l'article 199 LH, tot i que s'ha formulat oposició per part d'un confrontant. La Direcció entén que els dubtes d'identitat de la Registradora no estan justificats, perquè es basen en al·legacions de l'opositor i en la manca de coincidència entre els l·lindars del Registre i del Cadastre.

Ni de l'escrit d'oposició ni de la qualificació es desprèn en quina forma la representació gràfica que es vol inscriure afecta la finca confrontant, ni s'expressa que es pugui produir una invasió. No és raonable entendre que la mera oposició, que no estigui degudament fonamentada, aportant una prova escrita del dret de qui la formula, pugui fer derivar el procediment a la jurisdicció conten-

ciosa, desvirtuant la mateixa essència d'aquest expedient de jurisdicció voluntària.

D'altra banda, la Direcció recorda la seva doctrina sobre el procediment de l'article 199 LH. Els dubtes del Registrador, que han d'estar motivats i justificats en criteris objectius i raonats, han de fer referència al fet que la representació gràfica coincideix en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, la possible invasió de finques confrontants immatriculades o l'encobriment de transmissions o modificacions hipotecàries. Per tal de valorar la correspondència de la representació gràfica aportada, el Registrador pot utilitzar altres representacions auxiliars disponibles, entre les quals hi ha una aplicació informàtica homologada per R. DGRN 2 d'agost 2016. En el supòsit que s'aporti, juntament amb la certificació cadastral descriptiva i gràfica, una representació gràfica georreferenciada alternativa (article 9-b LH) perquè no es correspon la realitat física amb la del Cadastre, s'han de notificar els titulars cadastrals confrontants afectats, i correspon al Registrador, sobre la base de les al·legacions realitzades, decidir motivadament segons el seu criteri, ja que la mera oposició no determina la denegació de la inscripció.

R. 28 maig 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8141)

Denega la inscripció d'una interlocutòria judicial dictada en un expedient de domini (iniciat abans de la Llei 13/2015) per a la inscripció d'un excés de cabuda, ja que entén que els dubtes de la Registradora sobre la identitat de la finca estan justificats.

La Direcció recorda la seva doctrina. En general, els dubtes sobre la identitat de la finca o l'excés de cabuda només poden impedir la immatriculació o la inscripció de l'excés quan es documenta en escriptura pública o certificació administrativa, però no en els casos d'expedient de domini, en què el judici i la valoració de la prova correspon exclusivament al Jutge. En l'àmbit de l'expedient de domini, el Registrador només valora la identitat de la finca per expedir la certificació inicial. Si considera que hi ha dubtes, és necessari que la Interlocutòria els aclareixi. Si no els expressa, no es poden plantejar després en presentar-se la Interlocutòria, tret que, en aquest moment, el Registrador no tingui dubtes, sinó la certesa que la finca ja està immatriculada, que l'excés de cabuda amaga la pretensió d'estendre el foli de la finca inscrita a una superfície confrontant addicional o que la finca objecte de l'expedient sigui diferent de la inscrita.

Ara bé, en el supòsit resolt es va ometre el tràmit essencial de l'expedició de la certificació prèvia. En aquest moment no es van poder posar de manifest els dubtes d'identitat que ara esgrimeix la Registradora i, per aquest motiu, aquests dubtes no es van poder dissipar durant el procediment.

R. 12 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8718)

Admet la inscripció d'una escriptura de segregació que incorpora representacions gràfiques alternatives de les finques resultants, que consten en l'informe de valoració cadastral amb un resultat positiu. La delimitació gràfica proposada afecta les parcel·les confrontants, ja que, tot i que el conjunt de totes les finques representades respecta el perímetre cadastral, això s'aconsegueix atribuint una representació gràfica a les finques confrontants sense el consentiment dels seus titulars. En qualsevol cas, la representació

gràfica alternativa s'ha de limitar a la finca o a les finques objecte de l'expedient que persegueix la inscripció de la seva representació gràfica.

El Registrador, que tramita el procediment de l'article 199-2 LH, no explica de forma suficient els dubtes d'identitat, sinó que es limita a refusar la inscripció en considerar que la delimitació no és pacífica, sobre la base de dos escrits d'oposició de confrontants que al·leguen la possible invasió de les seves finques, l'atribució d'una superfície inferior a la cadastral (però superior a la inscrita) i la inexistència de fites de delimitació. Però no s'aporta cap informe tècnic (prova documental) o principi de prova de la presumpta invasió; i la representació gràfica que es pretén inscriure tampoc no augmenta la superfície inscrita de les finques objecte de l'expedient. No és raonable entendre que la mera oposició que no estigui degudament fonamentada, aportant prova escrita del dret de l'opositor, pugui, per ella mateixa, fer derivar el procediment a la jurisdicció contenciosa.

R. 12 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8719)

Fa referència a un procediment notarial de rectificació de la superfície i l·lindars d'una finca, tramitat segons l'article 201 i 203 RN. En relació amb el titular cadastral "hereus de na...", considera que és correcta la notificació notarial per correu certificat amb justificant de recepció realitzat a dues persones concretes, respecte de les quals els promotors de l'expedient han manifestat la seva condició d'hereus, així com els seus domicilis.

Constitueix doctrina consolidada que la forma de practicar les notificacions als titulars confrontants i a la persona de la qual procedeix la finca, és la prevista en el Títol VI LH, és a dir, la de l'article 199 LH: ha de ser de forma personal i si es desconeix algun dels interessats, si s'ignora el lloc de la notificació o si, després de dos intents aquesta no és efectiva, s'ha de fer mitjançant edicte en el BOE, sens perjudici d'utilitzar, en tot cas, el sistema d'alertes de la regla setena de l'article 203. A més, no és correcte que l'anunci publicat en el BOE s'adrexi "a qualsevol interessat", sinó que s'ha d'adreçar nominalment als interessats en la notificació, ja que, en el cas contrari, es produiria un clar perjudici de les seves garanties si no consta el destinatari de la notificació, ja que dificulta que pugui arribar al seu coneixement.

En el supòsit resolt, la Direcció no entra a valorar la qüestió de si és suficient o no la mera manifestació de l'instigador, o si el Notari hauria d'haver fet un judici exprés d'identitat i d'idoneïtat d'aquestes persones. Simplement s'oposa a la qualificació segons la qual no consta el concepte en què havien estat notificats.

DIVISIÓ, SEGREGACIÓ, PARCEL·LACIÓ

R. 11 desembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 74)

Suspèn la inscripció d'una escriptura per la qual se segreguen dues finques d'una altra de discontinua que, al seu dia, es va formar per agrupació i que es descriu com una unitat agrícola d'explotació integrada per cinc parcel·les.

No hi ha correspondència entre les dues declaracions municipals aportades, que permeten segregar dues parcel·les cadastrals determinades, i el títol, en el qual se segreguen tres finques a



partir de les altres tres parcel·les cadastrals que formen la matriu, D'aquesta manera, queden les parcel·les que l'Ajuntament permet segregar com a resta, amb una cabuda conjunta en el títol de gairebé el doble que la que consta en els documents municipals. No es tracta del supòsit de la R. 20 març 2007 en què, un cop atorgada la llicència per a la segregació de la part més gran de la finca i quedant com a resta la més petita, es va admetre plantejar l'escriptura al revés, segregant la part més petita, ja que el resultat és idèntic. El que es pretén en el supòsit qualificat és una ordenació de terrenys diferent de la prevista en les certificacions municipals aportades.

També es declara l'actuació correcta del Registrador, en notificar a la comunitat autònoma la creació per segregació de finques inferiors a la unitat mínima de cultiu, de conformitat amb l'article 80 RD 1093/1997. Les parcel·lacions rústiques es regeixen per la legislació agrària, de manera que és suficient la llicència municipal de parcel·lació urbanística. La R. 9 agost 2011 va permetre que revisquessin parcel·les inferiors a la unitat mínima de cultiu, però perquè havien estat objecte d'una agrupació errònia, fet que fa inaplicable la doctrina en aquest supòsit. D'altra banda, la R. 27 novembre 2012 i les que s'hi refereixen afirmen que, entre les excepcions a la prohibició de crear parcel·les inferiors a la unitat mínima de cultiu (article 25 LEA), no s'inclouen les parcel·les que formen una sola finca registral discontinua.

Finalment es desestima el defecte que consisteix en la manca d'identificació de la superfície total de la resta de la finca matriu, perquè el títol descriu detalladament les superfícies, l'indica i referències cadastrals de cadascuna de les tres parcel·les subsistents en la unitat orgànica d'explotació, i queda pendent la simple addició de les tres cabudes indicades.

R. 12 desembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 78)

R. 12 desembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 77)

R. 12 desembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 76)

Denega la inscripció d'una venda d'una quota indivisa de finca rústica, sense assignació expressa d'ús individualitzat. Els títols d'adquisició dels venedors han estat atorgats en números de protocol immediatament anteriors: adjudicació pro indiviso per herència del titular anterior; i venda de la quota d'un dels hereus a un tercer. No consta la referència cadastral de l'immoble en el títol.

La disposició addicional segona de la Llei valenciana del sòl no urbanitzable considera que també són casos de parcel·lació urbanística aquells que, sense divisió ni segregació, se subdivideixen, alienen o arrenden quotes d'una finca per a un ús no individualitzat de diversos titulars, mitjançant associacions, societats, divisions horitzontals, copropietats, accions o participacions que comportin la modificació de l'ús rústic amb la finalitat d'eludir el compliment d'aquesta llei.

En principi, la venda de la quota del cas no implica l'ús individualitzat d'una porció de la finca. No obstant això, segons la Direcció, la conversió de la comunitat hereditària indivisa en una comunitat ordinària mitjançant successives transmissions oneroses de quota, pot constituir un acte revelador de possible parcel·lació; presumpció que només es pot desvirtuar mitjançant un pronunciament de l'òrgan administratiu competent, subjecte a revisió judicial, i el Registrador ha de fer la notificació i seguir el procediment de l'article 79 RD 1093/1997.

R. 19 febrer 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3190)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de declaració d'obra –s'acredita la prescripció de l'acció urbanística mitjançant certificat tècnic–, divisió i extinció de comunitat, per la qual els copropietaris d'una finca, inscrita com a rústica, però que al cadastre consta que està formada per una parcel·la cadastral rústica i tres d'urbanes, la divideixen en tres finques independents, adjudicant-se cadascun una parcel·la, sense aportar llicència municipal de divisió ni declaració d'innecessarietat i acreditant que les tres parcel·les estan separades físicament per tanques des de la data de finalització de l'obra amb un certificat tècnic.

A manca de llicència o declaració d'innecessarietat, es requereix una declaració de l'Administració competent sobre la prescripció efectiva de l'acció de restabliment de la legalitat urbanística. Les al·legacions del recurrent sobre l'existència d'una situació consolidada de caducitat de l'acció s'han de plantejar en l'àmbit del procediment administratiu corresponent.

D'altra banda, s'ha d'acreditar el caràcter urbà de la finca, mitjançant una cèdula urbanística o certificació municipal, que sembla que és rústica segons el Registre, el Cadastre i el certificat tècnic. Mentre no es faci d'aquesta manera, també serà necessària l'aportació d'una certificació de la comunitat autònoma que admeti la divisió, en concórrer alguna de les excepcions previstes en la normativa sobre unitats mínimes de cultiu.

R. 13 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4284)

Admet la inscripció de la segregació d'una porció de la finca georeferenciada gràficament en la certificació cadastral aportada, tot i que, segons el Cadastre, la resta de la finca té una cabuda molt superior al 10% de la inscrita.

La constància registral de la representació gràfica constitueix un supòsit especial del cas de l'article 47 RH, en què es permet que accedeixin segregacions de porcions múltiples en moments temporals diferents, així com quan es pretengui la inscripció de negocis sobre la resta de la finca si encara hi ha segregacions pendents d'inscriure. En aquests casos, només hi ha l'obligació d'aportar la representació gràfica de la porció que és objecte de la inscripció perquè consti en el foli real. En conseqüència, en el cas resolt es pot inscriure la representació gràfica georeferenciada de la porció segregada, però no la resta de la finca matriu.

R. 21 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4708)

Admet la inscripció de la segregació d'una porció de la finca georeferenciada gràficament en la certificació cadastral aportada, tot i que, segons el Cadastre, la resta de la finca té una cabuda molt superior al 10% de la inscrita.

La constància registral de la representació gràfica constitueix un supòsit especial del cas de l'article 47 RH, en què es permet que accedeixin segregacions de porcions múltiples en moments temporals diferents, així com quan es pretengui la inscripció de negocis sobre la resta de la finca si encara hi ha segregacions pendents d'inscriure. En aquests casos, només hi ha l'obligació d'aportar la representació gràfica de la porció que és objecte de la inscripció perquè consti en el foli real. En conseqüència, en el cas resolt es

pot inscriure la representació gràfica georeferenciada de la porció segregada, però no la resta de la finca matriu.

R. 22 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4709)

Denega la inscripció d'una venda de participació indivisa ja inscrita de finca rústica que es realitza a favor de dos adquirents per meitats i en pro indiviso perquè considera que s'encobreix un acte de parcel·lació urbanística per la qual seria necessària una llicència municipal o declaració d'innecessarietat.

La Direcció recorda la seva doctrina en casos de declaració d'obra o transmissió de participació indivisa de finca rústica que, si bé és cert que no hi ha una assignació formal i expressa d'ús individualitzat d'una part de l'immoble, es discuteix si hi ha elements de judici que revelin una possible parcel·lació urbanística, amb risc de creació d'un nucli de població, per la qual seria necessària una llicència o declaració d'innecessarietat. L'article 66 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia –que és aplicable en aquest cas– també considera que són actes reveladors d'una possible parcel·lació urbanística aquells que, mitjançant la interposició de societats, divisions horitzontals, o assignacions d'ús o quotes en proindivís d'un terreny, o d'una acció o participació social, pugui haver-hi diversos titulars als quals correspon l'ús individualitzat d'una part de terreny equivalent.

En el cas resolt, d'adjunta una certificació municipal d'innecessarietat de llicència de segregació, on es fa constar que la participació ja va ser objecte de transmissió a favor del venedor actual, sense que s'hagi dut a terme cap actuació. La finca consta inscrita com a rústica on hi ha declarats vuit habitatges unifamiliars numerats correlativament. La participació transmesa consta inscrita a nom del transmissor, en virtut de l'assentament practicat pel transcurs dels quatre mesos previstos en l'article 79 RD 1093/1997, després que el Registrador apreciés indicis de parcel·lació, la seva notificació a l'Ajuntament i la manca de comunicació per part d'aquest últim. Als efectes de l'article 66 LS andalusa, tampoc s'acredita l'enviament de la còpia autoritzada de l'escriptura a l'Ajuntament en els tres mesos següents. En tractar-se d'un acte equiparat al de parcel·lació per la normativa substantiva, no s'aplica el procediment de l'article 79 RD 1093/1997, sinó d'exigència de llicència prevista en l'article 78. Certament, s'aporta certificat d'innecessarietat de llicència, però es pot considerar que s'ha complert el requisit imposat per la normativa substantiva, ja que el certificat es refereix a la quota íntegra que ara es subdivideix, de manera que la que s'està fent ara és *ex novo* de quotes indivises, que és un acte equiparat a la parcel·lació.

R. 7 maig 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6871)

R. 7 maig 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6872)

Deneguen la inscripció d'una segregació d'una finca inscrita com a rústica. La porció segregada constitueix una parcel·la cadastral urbana independent des de l'any 1998, i per això es demana la seva inscripció per antiguitat sense llicència.

La segregació és un acte eminentment registral i la seva inscripció està subjecta als requisits vigents en el moment de la presentació, encara que el seu atorgament s'hagi produït en un règim normatiu anterior. El Tribunal Constitucional i el Suprem han matisat el principi d'irretroactivitat, en el sentit d'admetre l'aplicació de les

normes en actes realitzats segons la legislació anterior, però els seus efectes encara no s'han esgotat o consumat i sempre que no perjudiquin drets consolidats de particulars. Segons la Direcció, aquesta retroactivitat s'ha de conciliar amb els efectes jurídics dels actes de parcel·lació segons la legislació vigent en el moment de produir-se. Per això, la Direcció reconeix l'analogia a l'hora d'admetre la prescripció acreditativa per a inscriure, no només edificacions (article 28-4 LS), sinó també divisions o segregacions antigues, però això sí, sempre no hi hagi una norma estatal o autonòmica que declari expressament la nul·litat de la parcel·lació sense llicència, o un pronunciament judicial en aquest sentit.

En el cas resolt hi ha una norma autonòmica. L'article 32 Llei 12/2017 d'urbanisme de les Illes Balears (que estava vigent en el moment d'autoritzar l'escriptura) exigeix una llicència per les segregacions i divisions, en el mateix sentit que l'article 13 de la Llei 6/1997 de sòl rústic de les Illes Balears (que estava vigent en el moment de la individualització fefaent de la parcel·la).

D'altra banda, la classificació urbanística de la finca com urbana no està acreditada de forma suficient: en el Registre és rústica; encara que la parcel·la cadastral és urbana. L'entorn és rústic; a efectes cadastrals hi pot haver immobles urbans que segons la normativa urbanística estiguin classificats com rústics no urbanitzables. Com que la segregació dona lloc a parcel·les inferiors a la unitat mínima de cultiu, el Registrador ha d'iniciar el procediment de l'article 80 RD 1093/1997. En sòl rústic, les prohibicions de vulnerar la unitat mínima de cultiu i realitzar parcel·lacions de tipus urbanístic s'han de considerar cumulatives.

En conseqüència, en aquest cas és exigible llicència de segregació, declaració municipal d'innecessarietat o declaració de l'Administració competent sobre la prescripció efectiva de l'acció administrativa per restablir la legalitat urbanística.

R. 9 maig 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6877)

Denega la immatriculació de tres finques rústiques de secà confrontants entre sí instada, per la via de l'article 205 LH (herència i venda), que la seva superfície total és inferior a la unitat mínima de cultiu. Encara que actualment formin tres parcel·les cadastrals independents, la Registradora consulta d'ofici els antecedents de la cartografia cadastral i aprecia que aquestes parcel·les abans formaven part d'una altra parcel·la major i, per tant, la seva inscripció com a finques independents podria vulnerar la prohibició de segregacions inferiors de la unitat mínima de cultiu. A més, tot i que s'ha practicat la notificació prevista en l'article 80 RD 1093/1997, l'òrgan competent de la comunitat autònoma ha declarat nul·la la immatriculació. La Direcció confirma la qualificació.

Certament, les normes que declaren nul·les les operacions contràries al règim de les unitats mínimes de cultiu es refereixen a actes de segregació o divisió. No obstant això, una interpretació sistemàtica de les normes reguladores del sòl rural permeten afirmar l'aplicabilitat de l'article 80 en qualsevol acte o negoci jurídic –sigui quina sigui la forma que adopti– que doni lloc a parcel·les inferiors a la unitat mínima de cultiu (en particular, l'article 26-2 LS parteix d'un concepte molt ampli de parcel·lació). D'altra banda, el Registrador es troba legitimat per accedir a les dades contingudes en registres que puguin afectar la validesa de l'acte que es pretén inscriure.



Si apliquem tot l'anterior a les immatriculacions de finques rústiques inferiors a la unitat mínima de cultiu, el Registrador haurà d'iniciar el procediment de l'article 80 quan el títol presentat –independentment de la seva data– i de la consulta del Cadastre, resulti de forma fefaent que la finca procedeix d'una altra major, encara que no es formalitzi una divisió o segregació documentalment. Fora d'aquest supòsit, serà procedent la immatriculació, sense que sigui possible iniciar aquell procediment, sempre que no hi hagi sospites o l'exigència del fet negatiu de no haver-se format una finca major per parcel·lació.

DOCUMENTS JUDICIALS

R. 30 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1944)

Admet la inscripció d'una sentència que declara la nul·litat d'una escriptura de permuta de sòl per obra futura, ordenant que la finca permutada es reinscrigui a favor del demandant. Com que la finca permutada va ser objecte d'una agrupació, el Registrador denega la inscripció de la sentència perquè no especifica les operacions registrals que s'han de realitzar ni quins assentaments s'han de cancel·lar. No obstant això, la Direcció considera que la referència de la sentència sobre l'escriptura de permuta serveix per a cancel·lar-ne la inscripció, ja que en el Registre no consten drets de tercers que s'haguessin hagut d'emplaçar degudament.

R. 20 febrer 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3197)

En el seu moment es va inscriure un dret de superfície per la titular registral, a favor de "Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA". Després consta inscrita la venda del domini a una nova titular registral (societat que el seu objecte és l'explotació d'una estació de servei sobre la finca). Com a conseqüència d'una demanda interposada per l'actual titular registral contra Repsol, on es demanava la nul·litat total del contracte de subministrament en exclusiva que havien celebrat, recau sentència ferma que declara només la nul·litat del termini del durada del contracte. Ara es presenta manament, que s'acompanya amb un testimoni d'aquesta sentència, que ordena la cancel·lació de la inscripció del dret de superfície. La Direcció denega la cancel·lació.

La Direcció recorda la seva doctrina. En general, el títol formal de la inscripció és la sentència i no el manament, que és un acte de comunicació que no conté el títol material susceptible de poder modificar el Registre. El que passa és que en aquest cas també s'aporta un testimoni de la sentència. D'altra banda, com que la cancel·lació és la conseqüència ineludible de la decisió principal, la seva sol·licitud s'entén que es troba implícita en la demanda contradictòria del dret inscrit, sense que això violi el principi de congruència. No obstant això, si s'insta la cancel·lació d'assentaments vigents amb la presentació del document judicial, s'ha d'especificar quin assentament o assentaments han de ser objecte de cancel·lació.

En el cas resolt el manament demana la cancel·lació del dret de superfície, però no es desprèn de la sentència que s'hagi declarat la nul·litat de l'escriptura que el va constituir (només declara la nul·litat de la durada del contracte de subministrament). La sol·licitud d'extensió d'un assentament no pot excedir el contingut de la resolució judicial.

Es desestima el defecte que consisteix en la falta d'intervenció en el procediment del titular registral que va constituir el dret de superfície. L'exigència d'intervenció del titular (articles 20, 40 i 82 LH) es compleix amb el titular registral actual.

R. 6 març 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3896)

Consta inscrita una hipoteca sobre una finca determinada en garantia d'un pagaré que refinançava un deute anterior. Com a conseqüència de l'impagament, es va executar judicialment la hipoteca, de manera que la finca es va adjudicar a un titular que la va aportar a una societat; i com que el preu d'adjudicació no cobria tot el deute, l'executant va obtenir l'embargament d'una altra finca, que va ser objecte d'adjudicació a una altra persona que, al mateix temps, va cedir a una altra societat.

Posteriorment, es va iniciar un procediment ordinari en el qual s'ha obtingut una sentència que declara la nul·litat del pagaré, la nul·litat de la hipoteca constituïda per garantir-ne el seu pagament, i la d'adjudicació d'ambdues finques. En aquest procediment han estat demandats la part creditora, els titulars registrals que s'adjudiquen les dues finques, i de l'aportació a la societat i cessió de l'adjudicació. La causa per la qual la sentència declara nul el pagaré –l'equipara a un préstec–, és que s'havia entregat contra el pagament d'una quantitat inferior al seu nominal i, per tant, vulnerava la Llei Azcárate de 1908. De conformitat amb l'article 3 d'aquesta Llei, la sentència estableix que el prestatari ha d'entregar només la suma que realment ha rebut, i el prestador li ha de retornar el que excedeixi del capital prestat.

El títol qualificat és aquesta sentència anul·ladora. La Direcció confirma la qualificació que en denega la inscripció, segons la qual la sentència obliga al pagament d'una quantitat de diners com a conseqüència de la declaració de nul·litat del préstec. Es tracta d'un dret personal no susceptible d'inscripció en el Registre de la Propietat. Respecte de la pretensió de cancel·lació dels assentaments de la hipoteca i les adjudicacions derivades de la seva execució, la sentència considera que els adjudicataris titulars actuals són "tercers de bona fe" i, per tant, no es poden veure afectats per la declaració de nul·litat del títol (article 34 LH), fet que no pot ser qüestionat en seu de qualificació registral.

R. 8 maig 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6876)

La primera inscripció d'una muntanya és de domini a favor d'un Ajuntament i la segona, una concessió administrativa a favor d'una mercantil per la instal·lació d'un aerogenerador. Ara es presenta a inscripció una sentència que, en considerar provada la propietat privada de la muntanya, anul·la el títol de domini de l'Ajuntament (possessió immemorial), ordena cancel·lar la primera inscripció i també anul·la els actes de l'Ajuntament sobre aquesta finca registral. En el procediment s'hi ha personat l'Ajuntament i la mercantil cessionària, que és absoluta perquè el Jutjat considera acreditat que la seva concessió no recau sobre la finca objecte del plet, sinó sobre una altra muntanya de l'Ajuntament.

La mera cancel·lació de la titularitat dominical anul·lada suposaria de desimmatriculació de la finca, en perjudici de la titularitat posterior que s'hi basa (la de la concessionària). La cancel·lació que es pretén exigiria la simultània aportació del títol dominical a favor dels titulars civils de la muntanya.

Tampoc no resulta procedent cancel·lar la inscripció de la concessió administrativa. Els assentaments posteriors que es basen en el que ha estat declarat nul no poden ser cancel·lats si en el procediment on es declara la nul·litat no han intervingut els titulars respectius o si, tot i haver-hi intervingut, han estat desestimades totes les pretensions exercides contra ells (que és el que passa en aquest cas).

De forma encertada, la Registradora ha deixat constància de la nul·litat de la titularitat dominical de l'Ajuntament, amb la finalitat d'evitar la inscripció d'actes dispositius basats en l'aparença tabular, tot i que existeix una tercera inscripció de nul·litat, però ha denegat la cancel·lació de les dues inscripcions anteriors (de domini i concessió).

R. 29 maig 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8143)

Denega la inscripció d'una sentència declarativa de l'adquisició del domini per prescripció perquè la part demandada va ser declarada en rebel·lia i no han transcorregut els terminis per a l'exercici de l'acció de rescissió.

És doctrina consolidada que, perquè una sentència dictada en rebel·lia es pugui inscriure, a més de ser ferma (articles 3 LH i 245-4 LOPJ), han d'haver transcorregut els terminis per exercir la rescissió de les sentències dictades en rebel·lia, que es compten des de la notificació de la sentència: vint dies si la sentència es va notificar personalment; quatre mesos si la notificació no va ser personal; setze mesos en el cas de subsistència d'una causa de força major. El transcurs d'aquests terminis de caducitat ha de constar en el mateix document judicial o d'un altre que el complementi. Mentre no transcorrin aquests terminis la sentència només es pot anotar preventivament (article 524 LEC).

DOCUMENTS PRIVATS

R. 17 maig 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7184)

Consta inscrita una escriptura d'herència. Ara es presenta una instància privada per la qual se sol·licita la rectificació de la inscripció, al·legant que l'escriptura no s'ha qualificat correctament i que hi ha un procediment judicial obert que afecta determinats béns. La Direcció confirma la denegació de l'assentament de presentació d'aquesta instància.

Els Registradors no poden estendre un assentament de presentació dels documents privats, tret dels casos que les lleis els atribueixin eficàcia registral (article 420-1 RH). Els assentaments que ja s'han realitzat són competència dels Tribunals. El recurs té per objecte qualificacions negatives, però no és la via per revisar la legalitat dels assentaments que ja s'han despatxat o qualificacions positives.

R. 4 juny 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8481)

Denega la inscripció d'una instància privada a través de la qual es posa de manifest l'existència d'un error en una inscripció que ja s'ha realitzat. Concretament, se sol·licita que una adquisició hereditària ja inscrita s'ha de rectificar, en el sentit que l'adquisició es va produir per herència només de forma parcial, ja que l'altra part, que correspon a l'excés de l'adjudicació pagat als altres cohereus,

s'ha d'inscriure com adquisició onerosa per la societat de guanys de l'adjudicatari.

Només les qualificacions negatives poden ser objecte del recurs contra qualificacions registrals, però no altres pretensions del recurrent, com la cancel·lació d'un assentament erroni ja realitzat, que és competència dels Tribunals.

R. 12 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8720)

Denega la pràctica d'un assentament de presentació d'un document privat a través del qual se sol·licita la cancel·lació i entrega de documentació relativa a una anotació preventiva d'embargament a favor de la Hisenda Pública. Els assentaments que ja s'han realitzat són competència dels Tribunals (article 1-3 LH), s'exigeix el consentiment del titular o una resolució judicial (article 40-d LH) per rectificar-los i tampoc no ens trobem davant algun dels supòsits que les lleis atorguen eficàcia registral als documents privats (l'article 420-1 RH prohibeix estendre assentament de presentació als documents privats, tret que les lleis els atorguin eficàcia registral).

EMFITEUSI

R. 18 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 350)

Denega la cancel·lació dels assentaments de cens que graven dues finques, les quals només estan immatriculades respecte del domini útil. En aquest assentament (de l'any 1920) es fa referència a la càrrega real de pagar un cànon a l'Ajuntament, que és el titular del domini directe. També s'insta la consolidació posterior dels dos dominis, com a conseqüència de la caducitat formal de l'assentament, segons l'article 210-1-8a LH.

Certament, és possible inscriure per separat el domini útil i el directe en el foli de la mateixa finca (article 377 RH). No obstant això, en el moment que es va inscriure el cens del cas la mecànica registral és la que efectivament es va seguir: constatar l'obligació de pagament del cànon com a part del contingut de la inscripció del domini útil de l'emfiteuta. Per tant, la constància registral del domini directe no és, en sentit tècnic, una menció susceptible de purga (article 98 LH).

No és possible cancel·lar el domini directe per la via de l'article 210-1-8a. En el règim del cens emfiteutic del Codi civil (a diferència del model català), el titular del domini directe és l'autèntic propietari, ja que: és ell qui constitueix el cens a través de la disposició del domini útil (1605); té dret a ser reconegut per l'emfiteuta, que es considera un posseïdor (1647); per redimir la finca s'ha d'arribar a un acord amb ell (1651). En conseqüència, la cancel·lació de la referència a l'obligació de pagament del cànon a favor del titular del domini directe produeix la situació patològica de buidar el contingut del domini directe de l'emfiteuta, ja que pot existir el cens sense la contraprestació de la pensió. Tampoc és possible la pretensió de consolidar o créixer el domini directe a favor del titular del domini útil perquè el primer ja està immatriculat i perquè no hi ha una voluntat abdicativa. D'altra banda, s'ha de distingir entre la caducitat de l'assentament (regulada per l'article 210 LH) i la prescripció del dret. És propi del cens que la cessió del capital sigui perpètua o per un temps definit (article 1608 Cc). No obstant això, l'article 1620 declara que el dret a reclamar el capital i les pensions,



i dels articles 1963 i 1970 es desprèn un termini de 30 anys per la prescripció del dret per cobrar el capital. Si es consumés aquesta prescripció, i tenint en compte que no hi pot haver un cens sense pensió, l'emfiteuta es convertiria en el titular del ple domini, tot i que la prescripció sempre s'ha d'estimar en seu judicial perquè el Registre és aliè dels possibles actes d'interrupció de la prescripció per les parts. En conseqüència, per poder consolidar els dominis, i tenint en compte la consideració de veritable propietari del titular del domini directe, o s'haurà de redimir el cens (article 1651 Cc) o s'haurà de declarar la prescripció del capital a través d'una resolució judicial; i tot això prèvia immatriculació del domini directe.

ENTITATS LOCALS

R. 11 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5641)

Denega la inscripció d'una escriptura de venda directa d'un immoble municipal, després d'haver quedat desert el procediment de licitació mitjançant subhasta.

La regla general per alienar béns d'entitats locals és la subhasta pública (articles 80 Text Refós Règim Local i 112 Reglament Béns Entitats Locals), ja que la permuta és excepcional. La circumstància de quedar deserta la subhasta no constitueix una de les excepcions legals a aquesta regla general, sinó que en aquest cas cal convocar una altra subhasta. La finalitat de la subhasta pública és salvaguardar la publicitat, la competència i la lliure concurrència que ha de regir la contractació amb les Administracions públiques, al servei de l'interès general i per evitar la desvalorització dels béns dels ens públics (STS contenciós-administratiu 5 febrer 2008, 5 gener 2007, 15 juny 2002).

Tampoc no és possible aplicar el règim d'alienació directa previst en la Llei de patrimoni de les Administracions Públiques (Llei 33/2003 de 3 de novembre), ja que la Final segona d'aquesta Llei no enumera els articles que regulen aquesta qüestió (136 a 145) com aplicació supletòria a l'Administració Local.

ESTAT CIVIL

R. 24 gener 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1587)

Consta inscrita una finca a nom d'un titular casat el matrimoni del qual presumiblement es regeix pel règim de societat de guanys. Ara es denega la inscripció d'una escriptura que el titular ven per si sol a un tercer, fent constar que el títol previ és erroni perquè el seu estat civil és el de solter, fet que es confirma a través d'un certificat de fe de vida i estat emès pel Registre Civil.

Aquest mitjà de prova no és exclusiu i el seu valor probatori no és absolut, ja que el mateix precepte que el regula (article 363 RRC) preveu altres mitjans de prova en casos de dubte i té un caràcter merament presumptiu (articles 96 i 97 LRC). La prova de la solteria, a efectes de rectificar el Registre de la Propietat, requeriria el certificat de naixement que no contingui cap nota marginal que fes referència al matrimoni, de la mateixa manera que el mitjà per provar l'estat de casat ha de ser la inscripció de matrimoni sense inscripció marginal de divorci o separació judicial.

Respecte de l'error que afecta les circumstàncies de l'estat civil, s'ha de distingir entre dos tipus de casos: quan només es tracti de completar la identificació de l'adquirent (articles 9 LH, 51-9a-a RH i 159 RN), l'estat civil serà el que resulti de les manifestacions de l'atorgant; en el cas contrari, quan una titularitat prèviament inscrita (i, per tant, sota la custòdia dels Tribunals), és necessari el consentiment dels titulars registrals de drets o resolució judicial dictada en un procediment contra ells (article 40 LH). En el supòsit resolt ens trobem en el segon cas, ja que la rectificació de circumstàncies personals afecta el règim jurídic del bé publicat pel Registre (que és el propi de la societat de guanys).

FUNDACIONS

R. 19 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6160)

Admet la inscripció d'una escriptura a través de la qual una fundació ven una finca que es va formar en virtut d'un Projecte de Normalització inscrit, originat en un Estudi de Detall posteriorment anul·lat per una sentència del TS.

Certament, és admissible que en la qualificació es tinguin en compte les sentències judicials relacionades amb els fets qualificats. Ara bé, és l'Administració Pública condemnada en un procés contenciós-administratiu qui legalment és competent per executar la sentència recaiguda en aquest, mitjançant un o diversos actes administratius. Civilment, la venda realitzada és un negoci jurídic vàlid, ja que no s'ha contravengut cap norma imperativa o prohibició, ni ha estat objecte de cap impugnació.

D'altra banda, tot i que el certificat expedit pel secretari de la fundació no és totalment clar, del conjunt de la documentació aportada resulta que s'han complert les prescripcions de la Llei i del Reglament de fundacions de Castella i Lleó: l'acord de venda va ser aprovat pel patronat; el preu de la venda no és inferior al de taxació i s'ha assegurat la lliure concurrència i imparcialitat del comprador, fet que pot ser comprovat en matèria de qualificació mitjançant certificació emesa pel secretari sota la seva responsabilitat. Finalment, tampoc no es manté el defecte que consisteix en la falta d'un pronunciament exprés per part del Protectorat sobre si la venda es va ajustar o no a l'autorització que es va concedir prèviament (que exigeix l'article 17 del Reglament), ja que consta que l'òrgan autonòmic competent va sol·licitar a la fundació la documentació necessària per valorar si s'havia incomplert o no l'autorització prèvia, declarant en una resolució posterior que era procedent la tramitació del requeriment previst en el mateix article i acordant l'arxiu de les actuacions.

HIPOTECA

CANCEL·LACIÓ

R. 11 desembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 72)

Admet la inscripció d'una escriptura de carta de pagament i cancel·lació d'hipoteca atorgada l'any 2012 per la qual en aquell moment era el creditor ("Banc CAM, SAU"), però es va presentar en el Registre de la Propietat l'any 2017, quan ja constava que el creditor hipotecari era "Banc Sabadell, SA", en virtut d'una instància que es va presentar uns mesos abans.

El crèdit hipotecari es va extingir pel pagament i així es va fer constar per qui en aquell moment era el titular registral. Posteriorment, l'actual titular va absorbir l'anterior i el patrimoni social de la segona va ser traspassat en bloc a la primera, a títol de successió universal. L'absorbent es va subrogar en tots els drets i obligacions, fins i tot la cancel·lació de les hipoteques pagades anteriors a l'absorció, ja que és un acte degut constatable comptablement.

R. 14 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 145)

Denega la cancel·lació –que s'instava mitjançant una instància privada segons l'article 82-2 LH– d'una hipoteca de màxim constituïda pel deutor en superposició i garantia d'un contracte d'aval prestat per una societat de garantia recíproca que, al mateix temps, assegura un préstec concertat per l'empresa deutora amb una entitat de crèdit. Tant el termini de devolució del préstec com el termini de garantia de les obligacions que es desprenen de l'aval, es fixa en deu anys.

No sempre és fàcil decidir si, en cada cas en concret, el termini fixat és el convingut per la durada de la hipoteca (de manera que, un cop ha transcorregut, la hipoteca es podria cancel·lar per caducitat en virtut del segon paràgraf de l'article citat), o és el termini dins del qual ha de néixer l'obligació per ser garantida amb la hipoteca (en aquest cas, un cop originada l'obligació, l'acció hipotecària es podria exercir mentre no hagi transcorregut el termini de prescripció legal i es podria cancel·lar en virtut del cinquè paràgraf).

La cancel·lació convencional automàtica només és procedent quan l'extinció del dret es produeix de manera nítida i manifesta; però no quan és dubtosa o controvertida. En el cas resolt, l'anàlisi sistemàtica de totes les clàusules del contracte posen de manifest que el termini convingut no és per la cancel·lació per caducitat de la hipoteca, sinó que més aviat es refereix al termini que s'estén l'obligació d'avaluar i durant el qual es pot originar l'obligació garantida. La idea que la hipoteca no ha caducat és corroborada per la circumstància que, posteriorment al termini desenat de la caducitat convencional de la hipoteca, consta que s'ha expedit una certificació de domini i càrregues durant la seva execució.

R. 22 gener 2018 (BOE 28, 31-I-18: 1322)

Admet la cancel·lació de diverses hipoteques sobre una mateixa finca i l'entitat creditora declara que, tot i no haver estat satisfet la totalitat del deute, accedeix a cancel·lar totalment les hipoteques; i afegeix que, com que la societat deutora ha estat declarada en concurs voluntari de creditors, les quantitats pendents es reconixeran en el concurs amb la qualificació que correspongui.

Certament, és doctrina consolidada que el consentiment formal no és títol suficient per cancel·lar un assentament, de manera que és necessari expressar la causa en què es basa la cancel·lació. Però també és doctrina que, quan el titular de la hipoteca no es limita a donar el seu consentiment per cancel·lar, sinó que literalment disposa del seu dret a cancel·lar la hipoteca, som davant una renúncia abdicativa de drets que té eficàcia substantiva per ella mateixa (article 6-2 Cc) per produir la cancel·lació de la hipoteca.

En el cas resolt, la cancel·lació de la hipoteca es basa en la renúncia del creditor del dret real d'hipoteca. Per fer la cancel·lació

sol·licitada són irrelevantes les vicissituds que afectin els crèdits pendents que perden la garantia hipotecària.

R. 19 febrer 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3192)

Admet la inscripció d'una escriptura de carta de pagament i cancel·lació d'una hipoteca autoritzada l'any 2008 per l'entitat que en aquell moment era creditora ("Caja Galicia"), tot i que no es va presentar fins a l'any 2017 quan ja constava inscrita la cessió del crèdit hipotecari a la SAREB.

Certament, l'article 144 LH estableix que els fets que puguin modificar o destruir l'eficàcia d'una obligació hipotecària anterior –com el pagament–, tot i que no afecten el tercer adquirent de drets reals mentre no es faci constar en el Registre, sí que afecten l'adquirent del crèdit hipotecari. L'afavorit amb el pagament no es veu beneficiat amb el renaixement del crèdit que s'ha extingit. En virtut de l'accessorietat de la hipoteca respecte del crèdit, han de prevaldre les normes sobre cessió de crèdits davant les que regulen la cessió de les hipoteques.

R. 20 febrer 2017 (BOE 58, 7-III-18: 3196)

Admet la cancel·lació d'una hipoteca de màxim constituïda pel deutor en superposició i garantia d'un contracte d'aval prestat per una societat de garantia recíproca que, al mateix temps, assegura un préstec concertat per l'empresa deutora amb una entitat de crèdit. S'estipula que el termini per poder reclamar és d'un any, un cop vençuda l'obligació garantida. Un cop transcorregut aquest any, ara s'insti la cancel·lació per la via de l'article 82-2 LH.

No sempre és fàcil decidir si, en cada cas en concret, el termini fixat és el convingut per la durada de la hipoteca (de manera que, un cop ha transcorregut, la hipoteca es podria cancel·lar per caducitat en virtut del segon paràgraf de l'article citat), o és el termini dins el qual ha de néixer l'obligació per ser garantida amb la hipoteca (en aquest cas, un cop originada l'obligació, l'acció hipotecària es podria exercir mentre no hagi transcorregut el termini de prescripció legal i es podria cancel·lar en virtut del cinquè paràgraf). La cancel·lació convencional automàtica només és procedent quan l'extinció del dret es produeix de manera nítida i manifesta; però no quan és dubtosa o controvertida. La literalitat del precepte i l'anàlisi sistemàtica de totes les clàusules del contracte posen de manifest que el termini convingut és un termini convencional de durada de la hipoteca.

R. 7 maig 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6873)

Denega la cancel·lació, instada pel deutor, d'una hipoteca unilateral que no consta l'acceptació del creditor. Es tracta d'una hipoteca constituïda com a garantia suficient a efectes d'interposar un recurs judicial, que posteriorment no es va admetre. No consta el consentiment del titular registral ni el requeriment de l'article 141 LH.

La hipoteca unilateral existeix des de la seva inscripció i, en cas de no acceptació, el procediment especial de cancel·lació exigeix: la sol·licitud del titular del dret hipotecat en escriptura pública; un requeriment al creditor designat en la inscripció; i que transcorrin dos mesos des de la seva pràctica, sense que l'acceptació de la hipoteca es desprengui de Registre. Aquesta regulació també s'aplica



a les hipoteques constituïdes a favor de l'Administració o en procediments judicials.

El consentiment del creditor en la hipoteca unilateral no és equiparable al requeriment exprés de l'article 141 LH. Les vicissituds pròpies del procediment judicial o administratiu que s'haguessin constituït tampoc no són suficients per a la cancel·lació de la hipoteca unilateral.

R. 8 maig 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6875)

El titular d'una finca hipotecada en segrega una porció –sense distribució de la responsabilitat– i ven la resta de la finca a un comprador que se subroga en la total obligació personal garantida. S'admet la inscripció de la cancel·lació de la hipoteca sobre la porció segregada per part del creditor, sense necessitat que la consenti el comprador de la resta de la finca (com exigia el Registrador).

Certament és doctrina de la Direcció que la hipoteca unitària sobre diverses quotes o finques no només produeix relacions jurídiques entre el creditor i els propietaris gravats, sinó també entre ells: si qualsevol d'ells paga tot el deute, després no pot reclamar tota la quantitat a qualsevol dels altres amb les mateixes garanties que el creditor principal (que seria l'efecte ordinari de la subrogació), sinó que només podrà reclamar la part que correspongui a cadascun d'ells amb aquestes garanties (articles 1145, 1212, 1844 Cc). Per tant, serà necessari el consentiment de tots per alliberar la hipoteca d'alguna de les porcions.

No obstant això, aquesta doctrina no és extrapolable a aquest cas. Al comprador que s'ha convertit en propietari de la resta de la finca matriu i que s'ha subrogat en la totalitat de l'obligació personal garantida amb la hipoteca li és indiferent que la hipoteca segueixi gravant o no la finca segregada. El propietari de la finca gravada ja no podrà exercir l'acció de reintegrament perquè és l'únic deutor de tot el deute garantit i, per tant, no el perjudica la cancel·lació de la hipoteca sobre l'altra finca.

R. 10 maig 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7105)

L'any 1986 es va constituir un préstec hipotecari destinat a finançar la construcció i venda d'un edifici d'habitatges, que després van ser venuts a diversos compradors. S'insta la cancel·lació de la hipoteca per caducitat, per la via de l'article 82-5 LH. La Direcció interpreta la clàusula d'amortització del préstec en el sentit que el termini màxim d'amortització pels adquirents d'habitatges és de catorze anys des de l'escriptura de compravenda, fet que ens situa en la data de 21 de gener de 1998. La cancel·lació és denegada perquè, contant des d'aquesta data el termini de 21 anys exigít per aquell precepte, la caducitat només es produirà a partir del 21 de gener de l'any 2019.

R. 10 maig 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7106)

L'any 1953 es va constituir una hipoteca en garantia d'un préstec per un termini de 3 anys. Ara s'insta, mitjançant instància privada, que es faci constar a través d'una nota la defunció de dues de les tres deutores hipotecants al marge de la inscripció, i la subsistència de la hipoteca respecte dels seus hereus i respecte de la tercera deutora.

No és procedent la pràctica de l'assentament perquè la hipoteca està caducada i pendent de cancel·lació, de conformitat amb l'article 82-5 LH.

R. 18 maig 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7187)

Denega la inscripció d'una escriptura de cancel·lació d'hipoteca on l'entitat creditora renuncia a la garantia hipotecària i consent la cancel·lació de la hipoteca, condicionant ambdues coses a que la finca sigui transmesa a un tercer en determinats terminis màxims i preu mínim.

Per la Direcció, la condició convinguda és vàlida. Certament, la condició consisteix en la transmissió de la finca –sense més matisos–, depèn de l'exclusiva voluntat del deutor (i, per tant, és simplement potestativa) i està sancionada amb la nul·litat (article 1115 Cc). No obstant això, la condició del cas no només depèn de la voluntat del deutor, sinó que també depèn d'un fet o voluntat extern (potestativa), com és que la venda es faci en un termini màxim i per un preu mínim.

No obstant això, tot i ser vàlida no es pot inscriure. La cancel·lació és un assentament definitiu que produeix efectes extintius absoluts (articles 76 i següents, i 97 LH), fet que impedeix que sigui una condició suspensiva o resolutòria. I, tot i que l'extinció d'un dret es pot sotmetre a condició o termini suspensiu mentre no hi hagi una norma que ho prohibeixi, això no és possible en el sistema registral, que té per objecte proporcionar seguretat jurídica a les relacions immobiliàries, a causa dels efectes extintius absoluts de la cancel·lació i la seva irrevocabilitat. L'opció contrària implicaria publicar una situació de litispendència sobre l'existència d'un dret el règim jurídic del qual en aquesta situació seria indeterminat sent dubtosa la possibilitat d'execució forçosa i la retroactivitat dels efectes de la cancel·lació en el cas de compliment. No es pot practicar la cancel·lació sol·licitada fins que es produeixi la transmissió de la finca en els termes convinguts. Diferent seria el que els interessats haguessin consentit la novació de la hipoteca i no la seva cancel·lació, que estaria subjecta a condició suspensiva i es podria inscriure segons l'article 23 LH.

R. 5 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8706)

R. 21 maig 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7671)

Reiteren doctrina consolidada. La nota marginal que es va emetre de certificació de domini i càrregues en un procediment d'execució hipotecària, si bé no implica tancament registral, funciona com una condició resolutòria que determinarà la cancel·lació de tots els assentaments posteriors a la hipoteca executada. La seva rellevància va més enllà que la mera publicitat de la notícia, i té valor de notificació formal substitutiva de notificacions individualitzades als titulars posteriors. És un requisit essencial del procediment, que interromp la prescripció de l'acció, ja que l'inici de l'execució és una reclamació del creditor, però, per si sola, no determina la data en que l'obligació ha de ser satisfeta (pressupòsit per a l'aplicació de l'article 82-5 LH), ja que, necessàriament, no implica el venciment anticipat de totes les obligacions garantides, ni impedeix que, tot i haver-se produït un embargament parcial, el deutor hagi alliberat correctament el bé pagant la quantitat pendent abans de la subhasta. En el mateix sentit, el fet que hagin pas-

sat diversos anys des de la pràctica de la nota, no significa que el procediment d'execució no s'hagi desenvolupat correctament.

Respecte de l'inici del còmput del termini de 21 anys per la cancel·lació de la hipoteca per caducitat (article 82-5 LH), s'han de distingir dues hipòtesis. Si la nota marginal es practica després del venciment de l'obligació garantida interromp la prescripció, de manera que el termini començarà a comptar des de la data de la nota. Però si la nota es practica abans del venciment de l'obligació no interromp res perquè prèviament no ha nascut cap termini de prescripció, de manera que els 21 anys es comptaran des del termini d'amortització final del préstec.

En aplicació d'aquesta doctrina:

-La R. 5 juny 2018 admet la cancel·lació de la hipoteca per caducitat, en haver transcorregut el termini de 21 anys des del venciment final del préstec, i és irrelevant que s'expedís la certificació de domini i càrregues quatre anys abans del venciment.

-La R. 21 maig 2018 denega la cancel·lació per caducitat d'una hipoteca en garantia d'un préstec que vencia l'any 1997, tot i que l'any 1990 es va expedir nota marginal de certificació de domini i càrregues, perquè el termini de 21 anys s'ha de comptar des del venciment final. Tampoc no seria possible la cancel·lació instada en virtut de la regla 8a del paràgraf segon de l'article 210 LH, que permet cancel·lar les garanties reals pel transcurs de vint anys des de l'últim assentament que consta la reclamació de l'obligació (o, en defecte, 40 anys des de l'últim assentament de la garantia). Aquesta regla només s'aplica quan en el Registre no consti la data que s'hagués hagut de produir el pagament.

R. 29 maig 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8144)

Admet la inscripció d'una cancel·lació d'hipoteca acordada pel titular actual de la finca en una escriptura per la qual els deutors li havien transmès la propietat de la finca per pagar el deute hipotecari. El Registrador havia denegat la inscripció perquè en el seu moment es va practicar l'assentament de presentació –ja caducat– d'una sentència que declarava nul·la la dació en pagament i la cancel·lació de la hipoteca.

EXECUCIÓ

R. 15 febrer 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2734)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació com a conseqüència d'una execució hipotecària, per manca de demanda i requeriment de pagament al tercer posseïdor que va inscriure el seu dret abans de la nota d'expedició de certificació de domini i càrregues.

El requeriment de pagament al tercer posseïdor és tràmit qualificable exigint per la legislació hipotecària (article 132-1 LH) i processal (article 685 LEC), la manca suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat. No n'hi ha prou amb la mera notificació que, sobre la mera existència del procediment, hagi fet el registrador en el moment d'expedir la certificació (article 689 LEC), l'efecte del qual és només avisar-lo de l'execució i permetre-li pagar i su-

brogar-se, però no substitueix tràmits processals més rigorosos. Aquesta doctrina s'ha vist confirmada per la S TC 79 de 8 abril 2013.

R. 16 febrer 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2735)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en un procediment d'execució hipotecària sobre habitatge no habitual en què, després de quedar deserta la subhasta, l'executant va sol·licitar l'adjudicació per la quantitat que es devia per tots els conceptes, que era notablement inferior a la meitat del valor de taxació.

La Direcció descarta la interpretació literal de l'article 671 LEC, ja que la seva interpretació s'ha de fer sobre la base de l'article 651, que es refereix als béns mobles, amb el qual comparteix esperit i finalitat. En conseqüència, encara que l'executant sol·liciti l'adjudicació per la quantitat que es devia per tots els conceptes, l'adjudicació no es pot fer mai per una xifra inferior al 50%, ja que és un habitatge no habitual.

R. 14 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4286)

Admet la inscripció d'una interlocutòria d'adjudicació derivada d'un procediment judicial d'execució hipotecària. En una primera qualificació negativa es va desestimar la inscripció perquè el tercer posseïdor que va inscriure la seva adquisició abans de l'inici del procediment no va ser demandat ni se li va requerir el pagament i únicament constava que va rebre la notificació legal. Ara, mitjançant un manament d'addició emès per la Lletrada de l'Administració de Justícia, es fa constar que s'ha requerit el pagament al tercer posseïdor i que ha transcorregut el termini legal sense que hagi efectuat el pagament ni formulat oposició. Amb aquest requeriment al tercer se li ha donat l'opció de pagar o d'oposar-se, que són les opcions que té el demandat conforme a l'article 686 LEC, sense que s'hagi produït indefensió.

La Direcció recorda la seva doctrina consolidada. Admet el requeriment de pagament del tercer posseïdor. És el tràmit qualificable exigint per la legislació hipotecària (article 132-1 LH) i processal (article 685 LEC) la manca del qual suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat. No n'hi ha prou amb la mera notificació que, sobre la mera existència del procediment, hagi realitzat el Registrador en el moment d'emetre la certificació (article 689 LEC). Aquesta doctrina s'ha vist confirmada per la STC 79, de 8 abril de 2013.

R. 23 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4714)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en un procediment d'execució hipotecària sobre habitatge no habitual en el qual, després que la subhasta quedés deserta, l'executant va sol·licitar l'adjudicació per la quantitat que es devia per tots els conceptes, que era notablement inferior a la meitat del valor de taxació. La Direcció descarta la interpretació literal de l'article 671 LEC, ja que la seva interpretació s'ha de fer sobre la base de l'article 651, que es refereix als béns mobles, amb el qual comparteix esperit i finalitat. En conseqüència, encara que l'executant sol·liciti l'adjudicació per la quantitat que es devia per tots els conceptes, l'adjudicació no es pot fer mai per una xifra inferior al 50%, ja que és un habitatge no habitual.



R. 20 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6161)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en un procediment d'execució hipotecària sobre habitatge no habitual en el qual, després que la subhasta quedés deserta, l'executant va sol·licitar l'adjudicació per la quantitat que es devia per tots els conceptes, que era notablement inferior a la meitat del valor de taxació.

La Direcció descarta la interpretació literal de l'article 671 LEC, ja que la seva interpretació s'ha de fer sobre la base de l'article 651, que es refereix als béns mobles, amb el qual comparteix esperit i finalitat. En conseqüència, encara que l'executant sol·liciti l'adjudicació per la quantitat que es devia per tots els conceptes, l'adjudicació no es pot fer mai per una xifra inferior al 50%, ja que és un habitatge no habitual.

R. 20 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6162)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació com a conseqüència d'una execució hipotecària, per manca de demanda i requeriment de pagament al tercer posseïdor que va inscriure el seu dret abans de l'emissió de la nota de certificació de domini i càrregues. El requeriment de pagament al tercer posseïdor és un tràmit qualificable exigint per la legislació hipotecària (article 132-1 LH) i processal (article 685 LEC) la manca del qual suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que podria donar lloc a la seva nul·litat. No n'hi ha prou amb la mera notificació que, sobre la mera existència del procediment, hagi realitzat el Registrador en el moment d'emetre la certificació (article 689 LEC), l'efecte de la qual només és avisar-lo de l'execució i permetre-li pagar i subrogar-se, però no substitueix els tràmits processals més rigorosos. Aquesta doctrina s'ha vist confirmada per la STC 79, de 8 abril 2013.

R. 23 maig 2018 (BOE 142, 12-VI-18: 7874)

Denega la inscripció d'una adjudicació resultant d'una execució judicial d'hipoteca en què, després de quedar deserta la subhasta, s'adjudica al creditor l'habitatge habitual del deutor pel 60% del valor de taxació. El valor total del deute no arriba al 70% del dit valor, tot i que sí que excedeix el 60% i, per tant, queda un romanent de deute pendent d'abonament al creditor.

Certament, la lletra de l'article 671 LEC (després de la seva reforma per la Llei 1/2013), admet l'adjudicació per part del creditor pel 70% del valor de taxació en els casos de subhasta deserta d'habitatge habitual, o pel 60% quan la quantitat reclamada per tots els conceptes fos inferior a aquest percentatge –que és el que passa en aquest cas. Però la interpretació d'aquesta norma no pot ser contrària a l'esperit i la finalitat de la Llei que la va introduir (augmentar la protecció del deutor en el cas d'execució del seu habitatge habitual), ni al context de les altres normes modificades per aquesta Llei, com l'article 670-4, previst pels caos en què hi hagi postors en la subhasta. Una interpretació literal del precepte aplicable conduiria al resultat distorsionat de causar un greu perjudici al deutor, ja que seguiria havent-hi un deute pendent. Per tot això, la Direcció interpreta l'article 671 LEC en el sentit d'entendre que, en el cas de subhasta deserta, l'adjudicació al creditor de l'habitatge habitual del deutor es farà pel 70% del valor de taxació o si la quantitat reclamada és inferior a aquest percentatge, per la quantitat deguda, però amb el límit mínim del 60% del valor de la subhasta.

R. 23 maig 2018 (BOE 142, 12-VI-18: 7875)

Un cop instat un procediment executiu ordinari contra la part deutora com a conseqüència de l'impagament d'una obligació garantida amb hipoteca, el Jutge acorda dur a terme l'execució hipotecària dins el mateix procediment i s'ordena l'emissió de la certificació de domini i càrregues prevista en l'article 656 LEC, amb la consegüent inscripció de la hipoteca al marge.

La Direcció denega aquesta emissió. Un cop instada l'execució hipotecària en el procediment executiu ordinari, per poder emetre aquesta nota és necessari anotar prèviament l'embargament de l'immoble executat, com exigeix l'article 143 RH. Si entre la inscripció de la hipoteca i l'anotació de l'embargament practicada per l'exercici de l'acció hipotecària ordinària hi haguessin càrregues els titulars de les quals ignoressin que la seva execució afecta la hipoteca preferent als seus drets, aquestes càrregues no es podrien cancel·lar si els seus titulars no haguessin intervingut en el procediment.

EXTENSIÓ OBJECTIVA

R. 13 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4285)

Admet la inscripció d'una clàusula d'una escriptura de préstec hipotecari en la qual s'estableix que la hipoteca s'estendrà segons els articles 334 Cc, 109 i 110 LH i, a més, als fruits, rendes i mobles de l'article 111 LH, i a les obres i millores que s'hagin fet o que en el futur es facin a la finca hipotecada, fins i tot les edificacions construïdes on abans no hi havia res, excepte quan hagin estat costejades per un tercer posseïdor, de conformitat amb l'article 112 LH.

La interpretació de la clàusula en el sentit més adequat per a què produeixi efectes condueix a entendre que la no-extensió de la hipoteca davant tercers posseïdors fa referència, no només a les obres i millores costejades pel tercer posseïdor (com interpreta literalment el Registrador), sinó a tots els objectes de l'article 112.

RESPONSABILITAT

R. 16 febrer 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2736)

El títol qualificat és una escriptura de préstec hipotecari en la qual s'estableixen algunes quantitats com a límits de la responsabilitat per interessos ordinaris i de demora. El Registrador, tenint en compte els tipus d'interès pactats en l'escriptura, tant el remuneratori –que és fix–, com de demora –que és l'ordinari incrementat en dos punts–, entén que la quantitat global pactada pel primer concepte correspon a 21 mesos i pel segon a 49 mesos, fet que suposa garantir conjuntament ambdós tipus d'interès per un termini que excedeix el màxim de cinc anys (60 mesos) que estableix l'article 114 LH.

No obstant això, la Direcció admet la inscripció. No hi ha cap impediment legal per assegurar amb hipoteca cinc anys d'interessos ordinaris i cinc anys d'interessos moratoris perquè tenen una causa i naturalesa diferent: els primers constitueixen una obligació present i els segons una obligació futura (no es pot saber si arribaran a meritarse), de manera que el límit de cinc anys funciona de forma automàtica i no conjunta. Certament, unes mateixes quantitats no

poden meritjar, simultàniament, interessos ordinaris i de demora, però no hi ha cap problema per poder reclamar tots els interessos de tots dos tipus que realment s'han meritat i garantit dins els màxims legals, encara que es reclamin interessos remuneratoris dels últims cinc anys i interessos moratoris dels últims cinc anys perquè les quantitats que meriten els interessos són diferents i tenen venciments diferents.

HABITATGE HABITUAL

R. 20 febrer 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3194)

Admet la inscripció d'una escriptura de constitució d'hipoteca sobre dues finques registrals, però configurades com una sola finca cadastral amb un mateix número postal. En l'escriptura s'expressa que les finques constitueixen una unitat funcional destinada a habitatge habitual. No és necessari agrupar les finques, ni concretar quina és l'habitatge habitual, sinó que el que és necessari és fer constar el caràcter habitual dels dos habitatges.

Les normes que protegeixen el deutor hipotecari i l'habitatge habitual no limiten la protecció al cas d'un habitatge habitual (tret de l'article 1-3-d de la Llei 1/2013 que, per la suspensió temporal de llançaments, exigeix que es tracti d'una hipoteca que gravi l'únic habitatge en propietat del deutor). Sobre la base de l'esperit i la finalitat de les normes protectores dels hipotecants d'habitatges habituals, s'ha de concloure que s'ha de tenir en compte la manifestació de l'hipotecant, consentida per la part creditora, sobre el caràcter d'únic habitatge habitual atribuït a les dues finques hipotecades.

R. 8 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4280)

Admet la inscripció d'una adjudicació que resulta d'un procediment judicial d'execució hipotecària, malgrat que l'esposa de l'hipotecant té reconegut un dret d'ús a través d'una sentència que li atribueix la guarda i custòdia dels fills menors d'edat. L'executat la va comprar i la va hipotecar quan ja s'estaven separant judicialment. La sentència que va establir el dret d'ús és de l'any següent i mai es va inscriure. Per tant, que el creditor pogués tenir coneixement de l'existència del dret d'ús abans de la interposició de la demanda no constava en el Registre.

En general, el fet que el dret d'ús es pugui inscriure implica l'aplicabilitat dels principis reguladors del sistema hipotecari –entre ells, el de prioritat. I, per tant, com a conseqüència de l'execució d'una hipoteca inscrita anteriorment fa que sigui procedent la purga. Respecte de la intervenció del beneficiari d'un dret d'ús en el procediment d'execució, que és un mer ocupant, és necessari que se li notifiqui l'existència de l'execució perquè en el termini de deu dies presenti els títols que justifiquin la seva situació en els Tribunals (articles 661 i 675 LEC). Des del moment que inscrigui el seu dret se'l considera "tercer posseïdor" a l'efecte de l'article 662 LEC: pot alliberar el bé pagant al creditor i, per tant, no cal que sigui demandat, sinó que cal que sigui requerit al pagament. Ara bé, l'usuari que podent inscriure el seu dret no ho faci no podrà oposar a l'adquirent l'article 34 LH i no podrà intervenir en el procediment d'execució hipotecària, de conformitat amb l'article 662 LEC. Per tant, la inscripció és un requisit d'intervenció en el procediment,

tret que, prèviament, s'hagi acreditat la seva adquisició al creditor, amb la finalitat de ser considerat part.

IMMATRICULACIÓ

R. 16 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1030)

Certament, la immatriculació per la via de l'article 205 LH no exigeix identitat plena i absoluta entre les descripcions del títol i del títol previ –perquè en aquest cas no seria necessari el judici registral d'identitat que preveu l'últim incís de l'article–, sinó que seria suficient una identificació raonable de la superfície, ubicació i dels altres elements definitoris.

No obstant això, la Direcció suspèn la immatriculació que es pretenia perquè, en aquest cas, la falta de identitat implica una diferència de superfície superior al 10%; i, a més, en el títol previ es descriu la finca com independent i que només es transmet una meitat indivisa.

La immatriculació que s'insta es podrà aconseguir a través del procediment de l'article 203 LH; o bé complimentant el títol immatriculable amb una acta de notorietat que acrediti l'adquisició prèvia i la seva data.

R. 23 gener 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1584)

Denega la immatriculació d'una finca, a favor d'una Confederació Hidrogràfica, que es correspon amb una determinada parcel·la registral i que s'insta en virtut de certificació administrativa per la via de l'article 206 LH.

La pretensió d'immatricular aquesta determinada parcel·la en nom de la Confederació ja havia estat denegada en una qualificació anterior que ara es reitera per la mateixa raó: existeixen indicis racionals (fonamentalment la coincidència de l'indars) que la porció a immatricular és, en realitat, una part d'una finca registral que en el seu dia va ser expropiada i, a més, estan pendents la inscripció de l'expropiació i la segregació prèvia de la superfície expropiada.

R. 31 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1946)

Suspèn la immatriculació d'una finca que s'insta per la via de l'article 205 LH perquè considera fonamentats els dubtes de la Registradora sobre la procedència de la finca, per segregació, d'una altra que consta inscrita. El Títol VI RH ha quedat tàcitament derogat per la Llei 13/2015, de manera que ja no regeixen els articles 300 i 306 RH, que permeten recórrer al Jutge de primera instància en casos de suspensió per dubtes del Registrador sobre la coincidència amb altres finques ja immatriculades. A partir d'ara només serà possible el recurs judicial contra la qualificació registral, el procediment judicial declaratiu previst en l'article 198 LH i el procediment notarial d'immatriculació de l'article 203 LH.

R. 27 febrer 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3649)

Denega la immatriculació de dues finques que s'insta per la via de l'article 205 LH, a través de títols atorgats abans de la Llei 13/2015, però que es van presentar quan aquesta llei ja estava en vigor. Una escriptura de donació; completada amb una acta de notorietat acreditativa que el donant era el propietari, que s'acompanya amb una altra escriptura per la qual el donatari uni-



lateralment rectifica, substancialment, la descripció de les finques que es contenia en la donació, per adaptar-la al Cadastre, canviant el terme de situació, els llinars i incrementant les superfícies notablement.

L'escriptura de rectificació de la donació implica un nou atorgament negocial que substitueix l'anterior, fet que exigeix el concurs o ratificació del donant. D'altra banda, respecte l'admissibilitat de l'acta de notorietat en les immatriculacions després de la Llei 13/2015, ja no serà admissible la simple declaració de notorietat del fet que una determinada persona és considerada propietària d'una finca, sinó que serà necessari que el Notari es pronunciï sobre l'acreditació de l'adquisició prèvia i la seva data, sempre que aquests aspectes siguin evidents per aplicació directa de les normes.

R. 1 març 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3892)

Certament, la immatriculació per la via de l'article 205 LH no exigeix identitat plena i absoluta entre les descripcions del títol i del títol previ –perquè en aquest cas no seria necessari el judici registral d'identitat que preveu l'últim incís de l'article–, sinó que seria suficient una identificació raonable de la superfície, ubicació i dels altres elements definitoris.

No obstant això, la Direcció suspèn la immatriculació que es pretenia perquè, en aquest cas, la manca d'identitat implica una diferència de superfície superior al 10%; i, a més, en el títol previ es descriu la finca com independent i que només es transmet una meitat indivisa.

La immatriculació que s'insta es podrà aconseguir a través del procediment de l'article 203 LH; o bé complimentant el títol immatriculable amb una acta de notorietat que acrediti l'adquisició prèvia i la seva data.

R. 4 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5030)

Publica la S ferma del Jutjat de 1a Instància de Guadalajara d'11 de juliol de 2011 que anul·la la R. 10 novembre 2009 (BOE 7, 8-I-10: 343).

La resolució anul·lada va declarar inscriptible una sentència dictada en judici declaratiu ordinari, que ordenava cancel·lar una inscripció immatriculadora prèvia, i procedir a la inscripció a favor de l'actor, entenent que no procedia exigir els requisits de les immatriculacions, ja que en inscriure la sentència no queda desimmatriculada la finca, sinó que formalment estariem davant una inscripció segona. També va dir la Direcció que, encara que hi hagués immatriculació, l'obtinguda mitjançant procediment declaratiu ordinari no necessita les garanties que els arts. 205 LH i 298 RH exigeixen per als títols notariais (doble títol públic, publicació d'edictes i suspensió dels efectes de la inscripció durant 2 anys). Tampoc no són necessàries aquestes garanties a les immatriculacions per expedients de domini, o certificacions i reparcel·lacions administratives. El que sí que s'exigeix a tota immatriculació és la certificació cadastral descriptiva i gràfica de la Llei 13/1996.

R. 4 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5031)

Publicada la S ferma del Jutjat 1a Instància (1) Ourense 19 maig 2015 que, al mateix temps, a instàncies del Notari, anul·la la R. 4

agost 2014 (BOE 242, 6-X-14: 10129) que parcialment confirmava la qualificació registral.

En aquesta resolució, la Direcció va reiterar la seva doctrina que no constitueix obstacle a la immatriculació el fet que, prenent només la immatriculació del solar, al Cadastre constin edificacions. Certament, per immatricular finques exigia l'article 53-7 Llei 13/1996 i exigeix l'actual 205 LH una coincidència total entre la descripció cadastral i la del títol; però aquesta coincidència total ha de referir-se només a les dades que distingeixen la finca dels seus confrontants: situació, superfície i límits. La inscripció de les edificacions és voluntària i té els seus propis requisits i vies.

R. 10 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5639)

Suspèn la inscripció d'una immatriculació per la via de l'article 205 LH. El títol immatriculador és el conveni regulador de separació i el títol previ és l'escriptura de compra pels cònjuges. La inscripció és denegada perquè el títol omet la descripció completa de la finca, ja que només conté el número del paratge que s'ubica la finca, així com el número de parcel·la i polígon. La constància en el títol de la descripció completa és un pressupòsit per l'aplicació de la previsió legal de l'article 205 LH en una immatriculació per títol públic.

R. 16 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6154)

Publica la S ferma Ap Oviedo (6a), 23 febrer 2015, que anul·la la següent resolució:

R. 8 setembre 2009 (BOE 242, 7-X-09: 15994)

Denega una immatriculació mitjançant escriptura de compra-venda, perquè les diverses finques venudes estan afectades per algun dels defectes següents:

-Falta de llicència municipal de segregació: l'obligació d'aportar tal llicència s'estén també a la immatriculació d'una part de finca no inscrita. En aquest supòsit, el que es pretén immatricular amb el segon títol és només una part de la finca descrita en el primer.

-La descripció al títol i la de la certificació cadastral descriptiva i gràfica no són totalment coincidents (i no es pot entendre aquesta coincidència quan la diferència de cabuda no excedeixi el 10%; ja que aquest criteri permissiu el preveuen els articles 41 a 49 de la Llei del cadastre, en relació amb la constatació registral de la referència cadastral, però no a la immatriculació).

-L'adquisició prèvia s'ha d'acreditar mitjançant titulació pública i no amb simple document fefaent ex art. 1227 Cc, segons interpretació de S. TS (Sala 3a, secció 6a) 31 gener 2001.

-L'existència de dubtes fonamentats del registrador sobre la identitat de la finca és qüestió de fet que excedeix del recurs governatiu i ha de resoldre el jutge.

R. 18 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6156)

En el seu moment es fa realitzar una immatriculació d'una finca confrontant amb una carretera després que el Registrador notifiqués al Ministeri de Foment l'inici del procediment d'inscripció de la base gràfica sense rebre cap al·legació. Ara l'Administració interposa (de forma extemporània) recurs sobre la base dels articles 324 i següents LH.

La Direcció el desestima reiterant la seva doctrina: el recurs només es pot interposar contra qualificacions negatives, però, un cop practicat l'assentament, ja no és un mitjà hàbil per altres previsions, com qüestionar la validesa o nul·litat del títol, la possible indefensió de l'afectat, o la procedència o improcedència de l'assentament ja practicat, que és competència dels Tribunals.

R. 18 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6157)

Admet la immatriculació d'una finca que s'insta per la via de l'article 205 LH, a través d'una escriptura pública de compravenda precedida d'una escriptura d'herència atorgada el mateix dia, però els causants van morir uns anys abans.

En els casos d'acceptació d'herència i formalització en títol públic de l'adjudicació i adquisició de la propietat dels béns hereditaris, si posteriorment a l'atorgament s'atorga títol translatiu a un tercer, el termini d'un any de l'article 205 LH es pot computar des de la defunció del causant de l'herència. Els drets en la successió d'una persona es transmeten des de la seva mort (657 Cc). Els efectes de l'acceptació i la repudiació de l'herència es retrotrauen al moment de la mort del causant (article 989 Cc). La possessió dels béns hereditaris es considera que es transmet a l'hereu sense interrupció i des del moment de la mort del causant, en el supòsit que s'obri l'herència (article 404 Cc).

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6325)

Denega la immatriculació de tres finques rústiques, instada per la via de l'article 205 LH, perquè de la cartografia cadastral sembla que és possible una invasió de camins municipals, fet que és confirmat per un informe tècnic subscrit per un delinant de l'Ajuntament afectat. La protecció del domini públic –inscrit o no– és un dels objectius de la Llei 13/2015. Concretament, l'article 205 estableix que, si el Registrador tingués dubtes fonamentats d'invasió del domini públic, notificarà aquesta circumstància a l'Administració competent i la seva oposició significarà la denegació de la immatriculació pretesa.

R. 11 maig 2018 (BOE 130, 29-V-2018: 7110)

Admet la inscripció d'un testimoni ferm d'una interlocutòria d'un expedient de domini sobre immatriculació de finca, malgrat que la certificació cadastral descriptiva i gràfica que s'adjunta és de data 24 de gener de 2008 i, per tant, no inclou les coordenades georeferenciades i excedeix el termini anual de vigència de les certificacions cadastrals (article 84-2 LCI).

Segons l'apartat 8è de la Resolució conjunta DGRN i DGC 26 octubre 2015, per inscriure la representació de la finca i qualificar la seva correspondència gràfica amb la parcel·la cadastral, el Registrador ha de tenir en compte la descripció cadastral vigent en el moment de la inscripció i, en aquest sentit, pot consultar la informació disponible i obtenir la certificació cadastral descriptiva i gràfica actualitzada en la Seu Electrònica del Cadastre. En conseqüència, el Registrador hauria d'haver obtingut directament la certificació cadastral amb les coordenades de la finca.

R. 22 maig 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7673)

Suspèn la immatriculació d'una finca que s'insta per la via de l'article 205 LH, en considerar que els dubtes de la Registradora

sobre la coincidència de la finca a immatricular amb altres que consten inscrites estan fonamentats.

El Títol VI RH ha quedat tàcitament derogat per la Llei 13/2015, de manera que no regeixen els articles 300 i 306 RH, que permeten acudir al jutge de primera instància en casos de suspensió per dubtes del Registrador sobre la coincidència amb altres finques ja immatriculades. A partir d'ara, només serà possible el recurs judicial contra qualificacions registrals, el procediment judicial declaratiu previst en l'article 198 LH i el procediment notarial d'immatriculació de l'article 203 LH.

R. 28 maig 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8142)

Suspèn la immatriculació d'una finca a través de títol públic d'addició d'herència perquè consta vigent l'assentament de presentació d'una altra escriptura de venda que s'acompanyava amb la mateixa representació gràfica cadastral de la finca, que corresponia amb una parcel·la determinada i polígon. El títol prèviament presentat està pendent d'inscripció i es va prorrogar el seu assentament de presentació de conformitat amb l'article 327 LH, ja que va recaure resolució estimatòria del recurs interposat contra la qualificació negativa del Registrador, relativa a la identitat de la finca amb la parcel·la cadastral.

El principi de prioritat de l'article 17 LH atorga preferència al títol que accedeix en el Registre en primer lloc, i exigeix que els Registradors despatxin els documents relatius a una mateixa finca per ordre de presentació cronològic en el Diari (tret que fossin compatibles entre si).

R. 11 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8713)

Admet la immatriculació de dues finques per la via de l'article 205 LH a través d'una escriptura d'acceptació d'herència i entrega de llegat, complimentada amb una acta de notorietat en la qual el Notari declara ser el Notari del terme municipal que la causant era coneguda com la propietària, des de fa més d'un any, del ple domini i amb caràcter privatiu.

Malgrat que la testadora llegava una casa determinada en el seu testament, en l'entrega del llegat també s'inclou un terreny annex. La Direcció no ho considera un defecte. El centre de gravetat en la interpretació dels testaments és la voluntat del testador (article 675 Cc). En aquest cas ha de ser vàlida la interpretació testamentària realitzada pels hereus i legataris de comú acord, i de la descripció en el títol es desprèn que les dues finques registrals constitueixen una unitat física. Tampoc és un defecte el fet que la testadora hagués llegat la participació que li correspon en les finques i, no obstant això, segons la declaració de notorietat, que ha de prevaldre, li correspon el ple domini.

D'altra banda, es compleix l'exigència de la Direcció que les actes de notorietat per immatriculació per títol públic es pronuncin sobre l'acreditació prèvia i la seva data (en aquest cas, "des de fa més d'un any").

MITJANS DE PAGAMENT

R. 12 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5643)

Denega la inscripció d'una dació en pagament de deutes en la qual la mercantil deutora reconeix deure una quantitat determina-



da a la societat creditora per un crèdit adquirit com aportació no dinerària en un augment de capital. La part creditora no és l'entitat de crèdit i, per tant, no és aplicable la normativa especial de supervisió i prevenció del frau fiscal prevista per a aquestes entitats.

La Direcció recorda la seva doctrina. El reconeixement de deute és un negoci pel qual s'assumeix i es fixa una obligació preexistent i el seu efecte processal és dispensar la seva prova (STS 17 novembre 2006). No produeix un efecte extintiu de l'obligació, tret que s'acompanyi amb una novació extintiva. El nostre sistema no admet negocis abstractes, per la qual cosa el reconeixement ha de tenir una causa que, si no s'expressa, no tindrà la presumpció d'existència i l'licitud de l'article 1277 Cc. Realment, el negoci jurídic objecte d'inscripció és el reconeixement, però prèviament hi ha d'haver una causa de deute (préstec, crèdit...), de manera que s'ha d'acreditar l'efecte de desplaçament patrimonial que constitueix, ja que l'obligació d'acreditar els mitjans de pagament s'aplica a tots els "actes i contractes onerosos" amb una contraprestació en diners.

En el cas resolt, l'origen del deute no es troba en la seva cessió a la societat, que dona lloc a la novació subjectiva per canvi de creditor (articles 1203-3 i 1212 Cc). Independentment que ens trobem o no davant un contracte d'obertura de crèdit en sentit estricte instrumentat o no en un compte corrent (contracte reconegut per la jurisprudència, que és consensual i bilateral), certament es va produir una veritable entrega de diners i no una mera disponibilitat i, per tant, s'haurien d'acreditar els mitjans de pagament corresponents a l'import del deute inicial.

MENCIONS

R. 18 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6158)

Suspèn la inscripció de la rectificació descriptiva d'una muntanya instada per part de l'Administració autonòmica titular, que consisteix en la supressió de la constància d'un enclavament que no està immatriculat, però que es menciona en la inscripció de la muntanya: l'ermita romànica de la Verge d'Iguacel, propietat del Bisbat de Jaca.

Com que després de la reforma de l'article 5 RH pel RD 1867/1998 s'admet la inscripció de dos temples destinats al culte catòlic, ens trobem davant d'una menció de dret susceptible de cancel·lació. No obstant això, en la descripció de la muntanya es denega la supressió de l'enclavament perquè l'existència de l'enclavat implica que en el seu moment la seva superfície va quedar al marge de la immatriculació de la muntanya, de manera que la inscripció d'aquesta porció a favor de l'Administració requereix l'ús d'algun dels mitjans immatriculadors previstos en la legislació hipotecària, i no és suficient la mera constància en el Cadastre la mera titular que es pretén. Es podran utilitzar: el procediment de l'article 206 LH; i també la delimitació administrativa que resulti de la inexistència d'enclavats.

OBRA NOVA

R. 13 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 142)

Denega la inscripció actual que declara una obra que segons el Cadastre és de l'any 2006 perquè es troba en sòl qualificat com

Àrea Natural d'Especial Interès, fet que determina la qualificació de sòl no urbanitzable d'especial protecció, segons la Llei 1/1991 d'Espais Naturals i Règim Urbanístic de les Àrees d'Especial Protecció de les illes Balears.

L'article 65-3 de la Llei 10/1990 de Disciplina Urbanística (que llavors era aplicable i substancialment idèntic a l'actual article 154 de la Llei 2/2014 d'Ordenació i Ús del Sòl) declara que no és aplicable cap termini de prescripció per les infraccions urbanístiques sobre aquest tipus de sòl, de manera que no és possible consolidar obres per antiguitat ni inscriure-les (article 28-4 LS).

Tot això sens perjudici d'obtenir una resolució de l'Administració urbanística que, a causa dels millors mitjans de prova que disposa, declari la situació fora d'ordenació o assimilat a fora d'ordenació pel transcurs dels dos terminis de restabliment de la legalitat de l'edificació, bé perquè es comprovi una major antiguitat, bé perquè el sòl no fos de protecció especial.

R. 19 febrer 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3191)

Suspèn la inscripció d'una acta de final d'obra per la falta de dipòsit registral del llibre d'edificació.

S'aplica l'exigència substantiva d'entregar als usuaris el llibre de l'edifici a les obres per a les quals es va sol·licitar llicència abans del 6 de maig de 2000 (data d'entrada en vigor de la LOE). I l'actual article 202 LH exigeix l'arxiu registral per a tots els documents presentats després de l'entrada en vigor de la Llei 13/2015, encara que l'obra s'hagi acabat abans. I tot això sens perjudici que cap norma autonòmica substantiva eximeixi de l'obligació d'aportar el llibre.

En aquest cas no hi ha cap norma que ho eximeixi en la legislació canària i l'obra es va iniciar i es va acabar sota la vigència de la LOE.

R. 26 febrer 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3647)

Suspèn la inscripció d'una declaració d'obra acabada d'un edifici destinat al comerç alimentari, que incorpora certificat tècnic acreditatiu de l'acabament de l'obra i la seva adequació al projecte, i s'adjunta una declaració responsable –en un model normalitzat– davant l'entitat urbanística col·laboradora, realitzada a l'empara de l'Ordenança per a l'Obertura d'Activitats Econòmiques de la Ciutat de Madrid. La Direcció exigeix un acte administratiu municipal exprés d'autorització, conformitat o aprovació relatiu a l'edificació declarada.

La Llei 2/2012 de Dinamització de l'Activitat Comercial en la Comunitat de Madrid parteix de la normativa estatal, però introdueix un règim flexible d'intervenció administrativa en les activitats de comerç minorista i altres serveis, utilitzant una declaració responsable. Aquest títol també està previst en la normativa estatal bàsica; però la novetat autonòmica es troba en l'aplicació d'aquesta figura, no només per l'habilitació d'usos i activitats, sinó també pel mateix acte de l'edificació que estigui destinada a aquelles activitats.

En el marc d'aquesta Llei autonòmica, aquella Ordenança municipal configura la declaració responsable com un mitjà d'intervenció general i la llicència passa a ser un mitjà residual que només és exigible en els supòsits que s'afecti la seguretat o el medi ambient. Però aquesta Ordenança només és aplicable a les activi-

tats econòmiques (no residencials, dotacionals o urbanístiques); i a més, exclou les obres que requereixen projecte d'edificació del règim de declaració responsable.

Per la seva banda, l'article 28-1 de la LS estatal preveu l'admissió de la declaració responsable en substitució de l'autorització administrativa que garanteixi que l'edificació té les condicions per ser destinada a l'ús previst per les normes. No obstant això, no es preveu aquesta alternativa per l'acta d'edificació, que requereix acte administratiu exprés d'autorització o aprovació.

R. 4 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5028)

Admet la inscripció d'una obra, declarada per la via de l'article 28-4 LS pel transcurs del termini de 5 anys aplicable per la prescripció de possibles infraccions urbanístiques. Es tracta d'un habitatge unifamiliar que la part declarant manifesta haver sigut autopromotora, que destinarà l'habitatge al seu ús personal i que, per aquest motiu, no és aplicable la constitució de l'assegurança decennial.

El Registrador entén que, com que l'obra té menys de deu anys d'antiguitat, per exonerar-se de la constitució de l'assegurança, és necessari acreditar que des que es va acabar ha estat ocupada pels declarants i manifestar que la seva intenció és seguir ocupant l'habitatge.

No obstant això, la Direcció considera que la seva doctrina també és aplicable a les obres "antigues" que declara que en el moment de la declaració de l'acabament de l'obra, l'ús propi és un fet futur, de manera que serà suficient la declaració de l'atorgant per acordar-lo, sempre que no sigui desvirtuat per cap altre element documental contradictori i, per tant, el moment de l'alienació quan la manifestació del promotor-venedor seria insuficient i llavors s'hauria d'acreditar l'ús propi a través de la prova documental adequada (com una acta de notorietat, certificat d'empadronament...)

R. 10 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5638)

Admet la inscripció d'una acta de fi d'obra. Consta inscrita l'obra en construcció i 212 metres quadrats d'una finca de 570 metres en total. L'acta de fi d'obra incorpora una representació gràfica que consisteix en un plànol elaborat pel tècnic competent, segons el qual la superfície de parcel·la ocupada per la finca també és de 212 metres, tot i que la finca mesura 632 metres.

La Direcció recorda la seva doctrina. L'obligació de georeferenciar la porció de sòl ocupada per l'edificació només s'exigeix per tota declaració d'obra nova, si bé no és necessari fer-ho en format GML, perquè també és vàlid aportar una representació gràfica de la porció de sòl ocupada realitzada sobre un plànol georeferenciat o dins una finca georeferenciada, encara que no s'especifiquin les coordenades concretes. Només serà obligatori georeferenciar la finca en què se situa l'obra quan el Registrador tingui dubtes que la porció edificada està ubicada totalment dins la finca que es declara. Però aquests dubtes no poden ser arbitraris, sinó que han de ser fonamentats i motivats en criteris objectius i raonables, i s'han de referir al fet que la representació gràfica de la finca coincideixi en tot o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, la possible invasió de finques confrontants o que s'encobreixi un negoci translatiu o operacions de modificació de l'entitat hipotecària. Cap d'aquestes circumstàncies resulta de la

qualificació ni de la documentació aportada en el cas resolt en què, a més, coincideix la superfície expressada en la descripció literal de l'edificació en el títol i la que resulta de les coordenades aportades.

R. 11 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5640)

Admet la inscripció d'una escriptura a través de la qual és ven una parcel·la de terreny sobre la qual hi ha –segons el títol i el Cadastre– una nau que no consta inscrita.

La Registradora considera que no és necessària la prèvia inscripció de l'obra nova, però per inscriure la transmissió de la finca tal com consta inscrita, s'hauria d'haver sol·licitat la inscripció parcial.

No obstant això, segons la Direcció, l'exigència de petició expressa de les parts com a requisit de la inscripció parcial (article 19 bis LH) té com a pressupòsit que la part refusada afecti un element essencial de contracte. No serà necessària la sol·licitud expressa i es podrà practicar d'ofici la inscripció parcial pel Registrador sempre que no es perjudiqui a ningú, quan el defecte només afecti alguna de les finques o a drets independents objecte del mateix negoci (ja que la presentació del document en el Registre implica la petició de tots els assentaments que es puguin practicar).

R. 29 maig 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8146)

Suspèn la inscripció d'una acta de finalització d'obra d'habitatge unifamiliar destinat a ús propi del promotor i situat a Castella-La Manxa perquè no s'aporta el llibre preceptiu de l'edifici.

És doctrina de la Direcció exigir el dipòsit registral del llibre de l'edifici, tal com exigeix l'article 202 LH per qualsevol tipus d'edificació, ja sigui habitatge o industrial, amb la finalitat de tutelar l'interès, no només del promotor, sinó dels posteriors usuaris de l'edificació. El dipòsit del llibre de l'edifici serà exigible, tret que la normativa autonòmica eximeixi del dipòsit i tret que per l'antiguitat de l'edificació no fos exigible.

En el supòsit resolt resulta aplicable l'article 7 del D 81/2007, pel qual es regula el Llibre del Edifici per a edificis destinats a habitatge de Castell-La Manxa, en el qual s'estableix l'obligació del promotor de formalitzar aquest llibre, sense cap excepció en els casos d'autopromoció.

OPCIÓ

R. 22 gener 2018 (BOE 29, 1-II-18: 1390)

Admet la cancel·lació de dues anotacions preventives d'embargament posteriors a la inscripció d'un arrendament amb opció de compra. La cancel·lació s'insta com a conseqüència de l'exercici de l'opció, ja que una part del preu pactat s'imputa a les rendes satisfetes durant la vigència de l'arrendament i la resta s'abona a través de xec bancari per satisfer i cancel·lar una hipoteca inscrita abans de l'opció.

Constitueix doctrina consolidada que la transcendència real de l'opció significa que, un cop exercida, és possible sol·licitar la cancel·lació de les càrregues posteriors, sempre que es disposi el preu a favor dels seus titulars (art. 175-6 RH). El principi de consignació íntegra del preu impedeix els pactes que deixin la consigna-



ció i el seu import a l'arbitri de l'optant, però no es pot perjudicar el titular de l'opció en benefici dels titulars de càrregues que no són preferents. Concretament, la Direcció admet deduir l'import de l'opció de la quantitat a consignar si en el Registre consta que la quantitat pagada per l'atorgament de l'opció seria deduïble en exercir-se. També és deduïble l'import de les càrregues anteriors a l'opció quan siguin pagades o assumides per l'optant.

En el supòsit qualificat, la imputació de les quantitats satisfetes durant la vigència del contracte s'ha realitzat correctament. Respecte de la quantitat resultant, no consta inscrit cap pacte similar. Ara bé, en l'escriptura d'exercici de l'opció, aquesta part del preu es paga mitjançant xec bancari nominatiu emès a favor de l'entitat creditora per a la cancel·lació de la hipoteca preferent que, precisament, és atorgada en el número anterior de protocol. La hipoteca és preferent no només respecte de l'opció de compra, sinó també de les anotacions d'embargament posteriors. El pagament no s'ha satisfet al venedor, sinó directament al creditor. No es pot pretendre que, un cop pagada i satisfeta la hipoteca, se n'exigeixi a més la consignació de l'import.

PROCEDIMENT REGISTRAL

Consta que s'ha practicat una anotació preventiva d'embargament sobre un dret d'arrendament financer amb opció de compra. L'interessat presenta recurs al·legant que s'ha practicat l'anotació sobre l'opció de compra, fet que no és correcte per ser un negoci complex i inseparable. No obstant això, la Direcció desestima el recurs: realment l'anotació s'ha practicat sobre tot el negoci i, d'altra banda, és doctrina consolidada que el recurs només és procedent contra qualificacions negatives, però un cop practicat l'assentament, ja no és un mitjà hàbil per altres pretensions, com qüestionar la procedència o improcedència de l'assentament ja practicat, ja que és competència dels Tribunals.

R. 15 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1028)

La comunicació realitzada pel Notari autoritzant a la Federació Espanyola de Municipis i Províncies, a l'empara de l'acord entre aquesta Federació i el Consell General del Notariat, relatiu a la gestió de l'Impost sobre l'Increment de Valor dels Terrenys de Naturalesa Urbana, no és suficient a efectes d'aixecar el tancament registral imposat per l'article 254 LH.

Aquesta Federació és una associació voluntària d'ens locals i, per tant, no és una administració pública. El Consell del Notariat és una corporació de Dret públic. Però el més important és que cap part té la condició d'administració tributària. El que s'ha d'acreditar és la recepció de l'Ajuntament. No hi ha cap inconvenient que la comunicació es faci personalment justificant l'enviament per correu certificat (R. 3 juny 2013) o telemàticament, sempre que l'Ajuntament tingui habilitat aquest mitjà i no hi hagi dubtes de la recepció.

PROHIBICIÓ DE DISPOSAR

R. 24 gener 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1586)

R. 13 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8723)

Exposen la doctrina de la Direcció sobre l'eficàcia de les prohibicions de disposar, distingint entre:

-Prohibicions voluntàries: Es regulen en els articles 26, 27 i 42-4 LH. La seva anotació tanca el Registre als actes dispositius voluntaris posteriors a la inscripció de la prohibició, però no impedeix la validesa i que s'inscriguin els actes posteriors a la prohibició (article 145 RH). La finalitat d'aquestes prohibicions és evitar la inscripció de l'acte realitzat per qui no té poder de disposició, i per això no afecten actes anteriors on aquest poder encara no estava limitat. Ara bé, la inscripció dels actes dispositius anteriors que es presenten després d'inscriure la prohibició de disposar, no comporta la cancel·lació de la mateixa anotació de prohibició, sinó el seu arrossegament, de manera que haurà de ser el titular l'adquisició del qual ha estat inscrita després de l'anotació qui demani l'aixecament de la prohibició, de manera similar a les anotacions preventives d'embargament a través de les terceries de domini. D'altra banda, les alienacions forçoses, en virtut de procediments de constrenyiment o de condemna, judicials o administratius tampoc no tanquen el Registre.

-Prohibicions dictades en procediments judicials civils. El seu règim és el mateix que les voluntàries, més les normes de la LEC, que les configuren com una mesura cautelar, la finalitat de les quals és assegurar l'efectivitat d'una eventual sentència condemnatòria, i el Jutge té un gran marge de llibertat per determinar el seu abast i contingut (les mesures cautelars de l'article 727 LEC no són un *numerus clausus*).

-Prohibicions decretades en processos penals i expedients administratius (per exemple, fiscals com el del cas). En lloc de la interpretació literal de l'article 145 RH se'ls aplica el principi de prioritat de l'article 17 LH, de manera que la seva anotació tanca el Registre, fins i tot als actes anteriors si es presenten després. En aquestes prohibicions hi ha un component d'ordre públic: la seguretat econòmica del deutor no pot prevaldre sobre els interessos públics.

En aplicació d'aquesta doctrina:

-La R. 13 juny 2018 suspèn la inscripció d'una escriptura d'augment de capital a través de la qual determinats immobles s'aporten a la societat. Entre la data de l'escriptura i la seva presentació al Registre de la propietat, s'ha practicat una anotació preventiva de prohibició de disposar a favor de l'Agència Tributària, de conformitat amb l'article 170-6 LGT.

-La R. 24 gener 2018 suspèn la inscripció d'una escriptura d'augment de capital a través de la qual s'aporten finques afectades per una prohibició de disposar prèvia dictada en procediment civil. Certament, la prohibició del cas resolt ha estat acordada en procediment civil, tot i que es denega la inscripció de l'acte dispositiu qualificat perquè la presentació del manament que ordena inscriure la prohibició en el Registre és anterior, no només a la presentació de l'escriptura d'ampliació de capital, sinó al seu atorgament.

R. 21 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4706)

Admet la inscripció d'una escriptura de donació atorgada pels que havien adquirit prèviament la finca com legataris d'una tieta seva, que el seu testament establí que "la prohibició expressa que no sigui venuda mentre visquin els legataris".

La Direcció no descarta que la veritable voluntat de la causant (criteri interpretatiu prevalent segons l'article 675 Cc) fos prohibir als legataris la disposició a títol gratuït inter vivos, de manera que no hauria ordenat el llegat si hagués sabut que els legataris donarien la finca llegada; però aquesta hipòtesi no pot ser apreciada judicialment. Per tant, no pot prevaldre la interpretació presumpta de la voluntat del causant que fa el Registrador. El principi de llibertat de trànsit (article 348 Cc) exigeix que les restriccions que legítimament imposades a la propietat siguin interpretades de manera restrictiva.

PROPIETAT HORITZONTAL

R. 17 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1031)

Denega la inscripció d'un acord de junta de propietaris en propietat horitzontal, pel qual es decideix crear trasters d'ús privatiu per a alguns habitatges en un terrat que és element comú, però d'ús privatiu d'un determinat element. Vota expressament en contra d'acord el propietari afectat.

La Direcció recorda la seva doctrina consolidada. En general, no hi ha inconvenient a configurar com a annex dels habitatges o locals el dret d'ús exclusiu d'elements comuns, sempre que quedin prou identificats, tant el dret d'ús com l'objecte sobre el qual recau. D'altra banda, dins la propietat horitzontal, cal distingir entre: actes col·lectius, que s'imputen a la Junta com a òrgan comunitari i en l'adopció cal aplicar la unanimitat presumpta (desafectació i venda de determinats elements comuns; vinculació *ob rem* dels trasters com a annexos dels habitatges; determinades modificacions d'estatuts i, d'altra banda, actes que afecten el contingut essencial del dret de domini, que requereixen consentiment individualitzat dels titulars (especificació del traster que correspon a cada pis; conversió d'element privatiu en comú).

L'acord debatut és al mateix temps acte col·lectiu i individual. La supressió d'un dret d'ús privatiu sobre element comú és una modificació del títol constitutiu que pressuposa l'acord unànim de tots els propietaris en junta (sense que es pugui aplicar la majoria disminuïda de tres cinquens prevista per a l'establiment de serveis comuns d'interès general, perquè la creació dels trasters afecta només determinats propietaris). Alhora, seria necessari el consentiment individualitzat de tots els propietaris en benefici dels qual es creen els trasters, així com del propietari privat del dret d'ús, que en aquest cas s'oposa.

R. 15 febrer 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2733)

En el seu dia es va inscriure una escriptura per la qual es va declarar l'obra nova en construcció de quatre habitatges sobre un solar descrit destinat a la construcció de vuit habitatges en total. En una escriptura posterior de desafectació i modificació de propietat horitzontal, el propietari únic va constituir un nou element –número cinc–, com a solar destinat a la construcció dels altres quatre habitatges. En ambdues escriptures es qualifica la situació configurada com a propietat horitzontal tombada. Ara es debat la inscripció de declaració d'obra dels quatre habitatges sobre el solar número cinc, creant una subcomunitat, la quota de la qual és del 50% dins la propietat horitzontal general.

En contra de la qualificació entén la Direcció que la desafectació prèvia del vol del solar com a element comú ja consta al Registre, en el qual de fet es va obrir foli com a finca independent.

A la pràctica, el nom de "propietat horitzontal tombada" s'aplica també indedugadament a situacions que realment responen al concepte de complex immobiliari. Per a la Direcció, la diferència bàsica entre les dues figures rau en el règim organitzatiu de la propietat:

- En el complex immobiliari hi ha dos o més edificacions o parcel·les independents entre si, els titulars de les quals participen en una copropietat indivisible sobre altres elements immobiliaris, vials, instal·lacions o serveis (article 24 LPH). La destinació principal de les edificacions o parcel·les independents ja no ha de ser el d'habitatges o locals; i s'exigeix autorització administrativa per a la constitució del complex (article 26-6 LSRU). És possible constituir un complex immobiliari sobre una sola finca registral (article 26-4 LSRU).

- En canvi, a la propietat horitzontal tombada es manté la unitat jurídica i funcional de la finca, en romandre sòl i vol com a elements comuns, sense fraccionament jurídic del terreny que es pugui qualificar de parcel·lació.

La S TS de 18 octubre 2013 declara que, en tot cas, el vol i el subsol dels edificis en propietat horitzontal tombada o complex immobiliari, són element comú i estan fora de la propietat privativa de cada copropietari. Ara bé, en el títol qualificat s'acredita l'obtenció de la preceptiva llicència administrativa. D'altra banda, no cal reserva expressa de la facultat d'edificar, autorització de junta, ni disposició estatutària concreta per a la modificació del títol constitutiu de la propietat horitzontal general consistent en la creació de quatre nous departaments, perquè el solar número cinc va néixer només amb aquesta finalitat, sent el dret a la construcció inherent i conseqüència del naixement del solar com a element privatiu.

No obstant això, la inscripció es denega perquè la justificació formal de l'acord adoptat per la comunitat de propietaris en relació amb l'operació documentada no és completa, perquè no s'acrediten les facultats del certificant mitjançant testimoni del llibre d'actes, o mitjançant certificat expedit pel secretari amb asseveració notarial –amb referència al llibre d'actes– si el secretari es troba en l'exercici del seu càrrec. Tot i que el Notari autoritzant de l'escriptura indica que la junta va ser universal i que ell mateix va aixecar acta dels acords, no s'aporta aquesta acta, de manera que no es pot qualificar el règim de majories necessari per adoptar els acords.

R. 21 febrer 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3262)

Un element originalment privatiu va ser declarat per sentència ferma com un element comú de la propietat horitzontal, si bé la junta de propietaris el va configurar a continuació mitjançant acord exprés com un element procomunal (article 4 LPH), mantenint-ne el caràcter privatiu malgrat la seva destinació comuna, i atribuint el domini a cada un dels titulars del règim en proporció a la seva quota.

Ara se suspèn la inscripció d'una escriptura de venda de l'esmentat element, atorgada pel president de la comunitat en



execució d'un acord de Junta. Per inscriure la venda d'aquest departament cal el consentiment individual dels qui apareixen en la inscripció com a titulars del domini.

R. 23 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4715)

Denega la rectificació descriptiva de dues edificacions, elements privatis d'una propietat horitzontal, que suposa una alteració considerable en els usos (de restaurant a recepció i viceversa), superfícies (que augmenten, en detriment de les superfícies comunes), límits i elements constructius.

Els actes de modificació del títol constitutiu requereixen unanimitat, però la Direcció recorda la seva doctrina que distingeix entre:

- Actes col·lectius, que s'imputen a la junta com a òrgan comunitari. Són inscriptibles en virtut de certificació de junta de propietaris amb unanimitat d'assistents i notificació (sense oposició) als no-assistents. Casos: desafectació i venda de determinats elements comuns (R. 30 de novembre de 2006 dins BOE 28-XII-06: 22838; R. 4 de març de 2004; R. 23 de març de 2005); vinculació *ob rem* dels trasters als habitatges, com a annexos (R. 31 de març de 2005); determinada modificació dels estatuts (R. 5 de juliol de 2005).

- Actes que afecten el contingut essencial del dret de domini: requereixen consentiment individualitzat dels titulars, com: especificació del traster que correspon a cada pis (R. 12 de desembre de 2002); conversió d'element privatiu en comú –que requereix el consentiment dels titulars registrals i els seus cònjuges en règim de guanys– (R. De 23 juny de 2001).

Un acte com el qualificat en aquesta resolució no entra en l'àmbit de competència de la junta com a acte col·lectiu, sinó que afecta el contingut essencial del dret de domini i requereix el consentiment individualitzat, exprés i real de tots els titulars registrals. L'acord qualificat, ni ha estat adoptat per unanimitat, ni consta el consentiment exprés d'un dels titulars afectats per la modificació que es fa en el seu element privatiu.

R. 3 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5027),

Suspèn la inscripció d'una escriptura de cessió unilateral i grauita d'un departament privatiu integrant d'una propietat horitzontal, a favor de la comunitat de propietaris.

La Direcció reitera la seva doctrina sobre aptitud de les comunitats de propietaris per a ser titulars de béns després de la Llei 13/2015, que modifica l'actual de l'article 9 LH, en el sentit de permetre, no ja només practicar anotacions preventives, sinó també inscripcions a nom de patrimonis separats que legalment siguin susceptibles de ser titulars de drets i obligacions. És doctrina tradicional que la manca de personalitat jurídica de la comunitat horitzontal impedeix inscriure al seu nom el domini de béns immobles, si bé és objecte de consideració unitària per a certs efectes legals per l'existència d'un patrimoni separat col·lectiu. Així: pot ser titular de fons i crèdits comuns (articles 9-1-f i 22-1 LPH); obligacions (articles 10-1 i 22-1 LPH); arrendament d'elements comuns (article 17-1a-2 LPH); també té capacitat processal per ser demandant i demandada (article 13-3 LPH); i com a projecció d'això, pot ser titular d'anotacions preventives d'embargament i de demanda. Però ara la Direcció afegeix que poden inscriure béns a nom de la comunitat en propietat horitzontal, perquè, admès l'embargament

a favor seu, s'ha d'admetre la possibilitat que l'execució culmini amb la seva adjudicació. Ara bé, la inscripció ha de reputar situació excepcional o transitòria, perquè no és finalitat de la comunitat en propietat horitzontal ser titular permanent de béns, sinó que aquesta situació ha de fer trànsit a la seva posterior transmissió, a la seva atribució als propietaris segons les seves quotes o a la seva conversió en element comú.

En el supòsit resolt, la inscripció del títol donaria lloc a una situació de titularitat no excepcional ni transitòria. En conseqüència, es confirma la qualificació negativa que proposa com a possibles vies d'esmena l'addició de la finca adquirida als elements comuns, o la inscripció a favor dels copropietaris en proporció a les seves quotes.

D'altra banda, tota atribució a títol gratuït exigeix acceptació del beneficiari, i ha de constar en escriptura pública la donació d'immobles i la seva acceptació, com a requisit de validesa (article 633 Cc). Per això també es confirma la qualificació ja que exigeix l'acceptació de la comunitat, representada pel seu president en els termes de l'article 17 LPH.

Finalment, cal acreditar la presentació de l'autoliquidació de la plusvàlua municipal, i és irrellevant que l'escriptura s'hagi atorgat abans de la vigència de la Llei 16/2012, que estableix el tancament registral previst en l'actual article 254 LH, norma procedimental i per tant, d'aplicació retroactiva.

R. 12 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5644)

El títol qualificat és un manament judicial que ordena: anotar un embargament per deutes procedents de l'impagament de despeses comunes de propietat horitzontal; i fer constar la preferència del tal crèdit davant una hipoteca prèviament inscrita a favor d'una entitat de crèdit sobre una de les finques embargades.

Tenint en compte que, amb posterioritat a la hipoteca, consten també inscrites anotacions d'embargament a favor de la Hisenda Pública i la Seguretat Social, el Registrador inscriu l'embargament sol·licitat, però suspèn la constància registral de la preferència del crèdit a favor de la comunitat per no haver estat demandats els titulars de les esmentades càrregues intermèdies.

No obstant això, la Direcció revoca la qualificació i admet que es faci constar també la preferència. És doctrina consolidada que la LPH no dona a aquesta preferència caràcter real (es limita a caracteritzar-la com un crèdit preferent a l'efecte de l'article 1923 Cc), ni és una hipoteca legal tàcita (l'article 158 LH només admet com a tals les admeses expressament per la Llei amb aquest caràcter), de manera que el seu accés al Registre de la Propietat només es pot produir mitjançant resolució judicial on hagin estat part tots els interessats. Tret d'aquest cas, l'efecte natural d'aquesta preferència és només permetre a la comunitat exercir una terceria de millor dret en ocasió de l'execució de qualsevol dret inscrit abans, però no per avançar-lo en rang, sinó per cobrar amb preferència. D'altra banda, l'article 9-1-e LPH distingeix en paràgrafs separats entre: l'afecció de l'immoble respecte de l'adquirent d'un departament; i la preferència del crèdit de la comunitat respecte d'altres crèdits sobre el mateix immoble, procedint la constància a l'assentament d'anotació preventiva de demanda del caràcter real d'aquesta preferència, sempre que resulti d'un procediment judicial en què ha-

gin estat part tots els interessats. La resolució judicial ha de fixar el moment des del qual retrotraure la preferència, concretant-lo únicament en la part vençuda de l'annualitat en curs més les que es deguin dels últims tres anys.

En el supòsit resolt, estem en el segon supòsit de l'article 9-1-e. El manament qualificat ordena la constància registral, no del caràcter privilegiat del crèdit en el pla obligacional, sinó del seu abast real, si bé concretat exclusivament en la postergació de la hipoteca a favor de l'entitat de crèdit, però no en la dels crèdits prèviament anotats per Hisenda i la Seguretat Social, als quals no arriba la preferència -relativa i limitada- que, per als crèdits de la comunitat, estableix l'article 1923 Cc únicament respecte dels crèdits assenyalats en els apartats 3r, 4t i 5è. Per aquest motiu, no té fonament l'exigència de demandar els titulars d'aquestes càrregues intermèdies en un procediment en el qual no s'exerceix cap pretensió davant ells i les conseqüències no els poden tocar.

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6329)

Denega la inscripció d'una escriptura de declaració d'ampliació d'obra d'una casa preexistent –justificant la prescripció de l'acció urbanística– i divisió horitzontal tombada d'aquesta en dos habitatges. La mera declaració o ampliació d'obra estaria emparada pel règim de l'article 28-4 LS; però la divisió en dos habitatges exigeix llicència municipal, perquè així ho imposa l'article 151 Llei 9/2001 del sòl de la Comunitat de Madrid per a tots els actes de divisió de finques, les obres d'edificació i les obres d'ampliació, reforma, modificació o rehabilitació d'edificis preexistents.

En línia amb la jurisprudència de l'AP Madrid (S 18 de març de 2016, S 3 d'octubre de 2008), si la divisió horitzontal es configura de tal manera que pot resultar equiparada a la divisió material, incompatible amb la unitat jurídica de la finca, cosa que suposa una alteració de l'ús de l'edificació, com passa quan es passa d'habitatge unifamiliar a habitatge col·lectiu (situació en què hi ha diversos habitatges sobre una mateixa unitat parcel·l·lària), s'ha d'exigir la llicència, en virtut de l'article 151 de la Llei madrilenya i de l'article 26 LS estatal, o bé declaració municipal d'innecessarietat.

R. 11 maig 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7108)

Denega la inscripció d'una elevació a públic d'acords de junta de propietaris, pels quals es modifiquen els estatuts de la propietat horitzontal. Després de l'adopció de l'acord han accedit al Registre nous titulars de departaments.

Les modificacions del títol constitutiu no poden afectar els titulars de departaments que van adquirir després de l'acord de modificació, però van inscriure el seu dret abans de la presentació de l'acord esmentat; i tot això amb independència que es tracti d'un consentiment emès com a acte col·lectiu de la junta o com a acte individualitzat. El consentiment unànimе exigit per l'article 5 LPH ha de ser no solament dels qui eren propietaris en la data d'adopció de l'acord, sinó dels qui són titulars en el moment de la seva presentació al Registre.

R. 22 maig 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7675)

Consta inscrita una finca com dividida en règim de propietat horitzontal, constituïda per tres edificacions privatives destinades a habitatge i per terreny comú. Ara s'admet la inscripció d'una escrip-

tura atorgada per tots els propietaris mitjançant la qual: es cedeix gratuïtament a un dels propietaris el dret a construir una edificació sobre una determinada part del terreny comú; el cessionari declara simultàniament l'obra acabada; l'edificació es descriu com un nou element independent, modificant la propietat horitzontal i redistribuint les quotes. No és necessària la inscripció prèvia de la desafectació del terreny comú edificat, i del dret o títol material que habilita per a això.

En aquest supòsit som davant una propietat horitzontal –i no davant un complex immobiliari–, perquè es conserva la unitat del sòl. En conseqüència, es caracteritzen com a elements comuns tots aquells als quals no se'ls ha atribuït caràcter de privatiu i, entre ells, el sòl i el vol. Però la configuració del terreny com a element comú no impedeix l'atribució de la nova edificació com a element privatiu, ja que aquest és l'esquema de la regulació legal, el que exclou la necessitat de desafectació prèvia.

Acceptada la possibilitat de declarar una obra sobre una porció determinada de sòl comú, cal un títol que justifiqui que l'edificat s'inscriu a nom d'un sol dels propietaris. En el document qualificat el dit títol està degudament expressat: tots els propietaris atribueixen a un d'ells, amb causa gratuïta, la facultat d'edificar sobre un element comú que es concreta adequadament, facultat que s'exerceix en el mateix acte mitjançant la declaració d'obra acabada.

R. 1 juny 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8476)

Denega la inscripció d'una escriptura per la qual els propietaris d'un habitatge unifamiliar situat a Madrid la divideixen horitzontalment en dos, adjudicant-ne una a cada un per títol d'extinció de condomini. Cal aportar llicència municipal de divisió o declaració d'innecessarietat.

És doctrina de la Direcció que correspon a cada comunitat autònoma determinar quins actes urbanístics estan subjectes a llicència; i correspon a l'Estat determinar en quins casos s'ha d'acreditar l'atorgament de llicència perquè l'acte tingui accés al Registre (S TC 20 de març de 1997). Per això, la regla de l'article 53-a RD 1093/1997 –que exigeix llicència per a constituir més elements independents dels quals s'hagin fet constar en la declaració d'obra nova–, no es pot considerar absoluta o genèrica, sinó que dependrà de la normativa autonòmica substantiva.

Amb independència de l'acreditació d'antiguitat de l'habitatge, que podria servir per apreciar la prescripció de l'acció urbanística en una declaració d'obra (article 28-4 LS), la divisió d'un habitatge en diversos exigeix llicència municipal, perquè així ho imposa l'article 151 Llei 9/2001 del sòl de la Comunitat de Madrid per a tots els actes de divisió de finques, les obres d'edificació i les obres d'ampliació, reforma, modificació o rehabilitació d'edificis preexistents. En línia amb la jurisprudència de l'AP Madrid (S 18 març 2016, S 3 d'octubre de 2008), si la divisió horitzontal es configura de tal manera que pot resultar equiparada a la divisió material, incompatible amb la unitat jurídica de la finca, suposant una alteració de l'ús de l'edificació, com passa quan es passa d'habitatge unifamiliar a habitatge col·lectiu (situació en què hi ha diversos habitatges sobre una mateixa unitat parcel·l·lària), s'ha d'exigir la llicència, en virtut de l'article 151 de la Llei madrilenya i de l'article 26 LS estatal, o declaració municipal d'innecessarietat.



PUBLICITAT REGISTRAL

R. 11 desembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 73)

Denega l'expedició d'una certificació literal sol·licitada per qui no és ni ha estat titular registral del domini o qualsevol altre dret real sobre la finca. El sol·licitat és una certificació literal d'assentament no vigent, en la qual s'inclou el preu pel qual va vendre un titular anterior.

Pel que fa a la constància del preu de venda a la publicitat registral, la Direcció ho admet, però només en aquests casos: quan totes les parts de l'operació hagin estat persones jurídiques o empresaris (als qui no s'aplica la normativa sobre protecció de dades); quan segons el parer del Registrador aquesta dada estigui inclosa en la publicitat de caràcter "tràfic jurídic immobiliari"; quan es tracti de permetre al sol·licitant l'exercici d'un dret o el compliment d'una obligació que estableix norma amb rang de llei; o quan la petició del preu es realitzi per agències que actuïn per compte d'entitats financeres, d'acord amb les circulars del Banc d'Espanya, referents a l'obligació de cobrir els actius qualificats com a dubtosos, amb estimació prèvia del seu valor. En emetre la qualificació recorreguda en aquest supòsit, no constava que es tractés de cap dels esmentats casos. Per això, en fase de recurs no pot ser tinguda en compte l'al·legació d'un interès que seria admissible en una nova sol·licitud: esbrinar si la massa de l'herència a la qual ha estat cridat el sol·licitant s'ha vist minvada mitjançant vendes fraudulentament.

Per la resta, la Direcció recorda la seva doctrina general (que es reproduïx en la majoria de les resolucions d'aquest epígraf). L'interès que dona dret a accedir al Registre ha de ser directe, conegut i legítim; a més s'ha de provar a satisfacció del Registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. Les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per a les finalitats pròpies de la institució registral, que segons Instrucció DGRN 17 de febrer de 1998, són la investigació jurídica, patrimonial i econòmica encaminada a la contractació o a la interposició d'accions judicials, però no la investigació privada de dades no patrimonials, que només podran ser objecte de publicitat segons les normes sobre protecció de dades, la qual cosa s'ha de tenir molt en compte respecte de peticions de publicitat relatives a l'històric registral no vigent. És el Registrador qui ha de qualificar, no només si és procedent o no expedir la informació, sinó també quines dades s'hi han d'incloure.

R. 9 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1016)

És la continuació del mateix supòsit de la resolució anterior. Ara la certificació és sol·licitada per un advocat en nom del mateix interessat, al·legant que la finalitat de la sol·licitud és interposar una demanda testamentària. No obstant això, la Direcció torna a denegar la certificació, perquè l'acreditació de l'interès legítim al·legat exigeix al seu torn acreditar que té la condició d'hereu del titular registral anterior.

R. 23 gener 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1583)

Admet l'expedició d'una certificació sol·licitada telemàticament, desestimant els tres obstacles de la qualificació.

En el supòsit resolt, la representació de l'advocat sol·licitant es presumeix acreditada per ser un dels tipus de professionals inclo-

sos en l'enumeració de l'article 323-3 RH. Es considera suficient la motivació al·legada en la sol·licitud: aportació de la certificació a un expedient administratiu concret tramitat davant la Demarcació Provincial de Costes, segons es justifica documentalment. La legitimitat notarial de la seva signatura no és l'única manera de satisfer l'exigència d'identificació del sol·licitant, sinó que en pot admetre qualsevol altre que compleixi igualment amb aquesta finalitat, ja sigui per mitjans físics o telemàtics, com passa amb la instància del supòsit, que ha estat remesa amb la signatura digital del sol·licitant a la seu electrònica del Col·legi de Registradors.

R. 21 febrer 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3263)

Denega l'expedició de certificació literal de l'històric registral de diverses finques, en virtut de sol·licitud que no les descriu de manera adequada per a la seva imprescindible identificació registral (només s'indiquen els números postals de les parcel·les segons pla urbanístic) i que no inclou l'expressió de cap motiu, causa o finalitat de la informació sol·licitada.

R. 27 febrer 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3648)

Admet la inclusió del preu d'una compravenda que va causar assentament a favor d'un titular anterior, en una sol·licitud de publicitat presentada per qui, tot i no haver estat part en aquella venda, acredita ser drethavent del venedor i ser part en un judici on es discuteix la validesa i l'eficàcia de la transmissió.

És doctrina de la Direcció admetre la inclusió del preu d'un immoble en la publicitat registral en aquests casos: quan totes les parts de l'operació hagin estat persones jurídiques o empresaris (als qual no s'aplica la normativa sobre protecció de dades); quan segons el parer del Registrador aquesta dada estigui inclosa en la publicitat de caràcter "tràfic jurídic immobiliari"; quan es tracti de permetre al sol·licitant l'exercici d'un dret o el compliment d'una obligació que estableix norma amb rang de llei; o quan la petició del preu es realitzi per agències que actuïn per compte d'entitats financeres, d'acord amb les circulars del Banc d'Espanya, en relació amb l'obligació de cobrir els actius qualificats com a dubtosos, amb l'estimació prèvia del seu valor. En virtut de l'article 222 LH, l'interessat té dret a sol·licitar l'exhibició directa del llibre on consta inscrita la finca, però amb la important matisació que l'exhibició no pot ser del llibre físic, sinó de la seva reproducció, en el necessari per satisfer l'interès legítim del sol·licitant, excloent els assentaments que no facin referència a la descripció de la finca així com les dades personals protegides per la LPD.

R. 3 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5026)

Admet l'emissió d'una nota simple informativa, desestimant tots els defectes de la qualificació. Com que és un advocat qui signa la sol·licitud, l'article 332-3 RH dispensa a aquest tipus de professionals d'acreditar la seva representació. La sol·licitud està motivada d'acord amb una de les finalitats institucionals del Registre: investigació jurídica i econòmica sobre crèdits, solvència o responsabilitat.

No hi ha cap model oficial normalitzat aprovat per la DGRN a què s'hagi d'ajustar la instància presentada, ni cap norma hipotecària que imposi el seu ús (el que sí que preveu l'article 222 bis LH és un model de sol·licitud informàtica amb els camps necessaris,

previsió pendent de desenvolupament que no pot obstar al dret d'obtenció de la informació sol·licitada).

Finalment, la legitimació notarial de la signatura o compareixença a l'oficina del Registre no són les úniques vies d'identificació del subscriptor de la instància, de manera que la Direcció admet en aquest cas, a més de la presentació per correu administratiu, la presentació física en el Registre de la sol·licitud juntament amb còpia del DNI i del carnet professional del sol·licitant.

R. 17 maig 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7186)

Denega l'expedició de certificació literal de l'històric registral de diverses finques, en virtut de sol·licitud que no les descriu de manera adequada per a la seva imprescindible identificació registral ni expressa de manera prou adequada el motiu o finalitat de la informació sol·licitada.

R. 11 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8716)

Denega l'expedició d'una certificació de l'històric complet de determinada finca (des de la primera inscripció fins a l'última), amb sol·licitud expressa de constància "dels preus de venda en què hagin estat transmeses", amb la finalitat d'investigació jurídica sobre l'objecte, la seva titularitat o les seves limitacions.

En la sol·licitud qualificada, no resulta justificat l'interès patrimonial pel qual es realitza la sol·licitud de dades sobre el preu, titularitats no vigents i altres dades personals que consten en les inscripcions sol·licitades. Ja en fase de recurs s'aporten altres dades que no van poder ser tingudes en compte en la qualificació ni, per tant, en el recurs, dels quals resulta que la sol·licitud d'informació busca esbrinar el preu de les transmissions per aportar aquesta dada a un procediment de divorci contra el titular en la demanda del qual se sol·licita la determinació de la quantia aportada per cada excònjuge al manteniment de la filla comuna, per la qual cosa pot resultar rellevant el preu de venda i la proporció en què era propietària la demandant.

RECTIFICACIÓ I ESMENA

R. 23 gener 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1581)

Denega la rectificació de la inscripció d'una obra nova que va ser declarada com "antiga" pel procediment de l'article 28-4 LS, en el sentit de fer constar que la inscripció havia d'haver estat practica- da a l'empara del 28-1 LS.

L'error que s'al·lega seria de concepte en la redacció de l'assentament. Aquest tipus d'error es produeix quan, en fer constar el contingut del títol a la inscripció, se n'altera el significat. Hi ha dos procediments per a la rectificació dels errors de concepte: o bé acord unànime dels interessats i el Registrador, o, si no, resolució judicial; o bé actuació d'ofici pel Registrador quan l'error resulti clarament dels assentaments practicats o, si es tracta d'assentaments de presentació i notes, quan n'hi hagi prou amb la inscripció principal per donar-lo a conèixer (articles 217 LH i 327 RH).

La veritat és que, en aquest supòsit, l'error no resulta clarament de la inscripció, atès que la mateixa escriptura que la va causar al·ludeix a l'antiguitat de l'edificació i a la prescripció de la possible

infracció urbanística. A manca de conformitat del Registrador, caldrà acudir al judici ordinari corresponent (article 218 LH).

R. 30 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1943)

A instàncies del finançador es va cancel·lar la reserva de domini reservada a favor seu en un contracte de préstec per a la compra i el finançament d'un vehicle, de manera que es va consolidar el domini a favor de l'adquirent. Ara el finançador vol rectificar el Registre, al·legant que va patir un error en instar la cancel·lació i justificant que s'havia ordenat judicialment el lliurament del vehicle a favor seu, per la qual cosa sol·licita la consolidació de la propietat al seu nom.

La Direcció admet la rectificació pretesa. Certament la cancel·lació de la reserva de domini és un assentament ja practicat que, per tant, està sota la salvaguarda dels tribunals, de forma que, en principi, la seva rectificació exigeix el consentiment del titular registral i els titulars de drets inscrits o, si no n'hi ha, resolució judicial recaiguda en procediment encetat contra tots ells (article 40-d LH). Ara bé, de la documentació presentada resulta que el deutor havia perdut la propietat del vehicle en lliurar-lo al finançador en pagament de quantitat i no en resolució de la venda, per la qual cosa la cancel·lació es va practicar en virtut d'un error de concepte sofert en traslladar al Registre el contingut del manament i de la diligència d'ordenació corresponents.

R. 23 febrer 2018 (BOE 60, 9-III-18: 3335)

Consten inscrites tres escriptures atorgades abans de la vigència de la Llei 14/1975, per una dona casada, la qual va comparèixer en els tres casos amb el seu marit, que va atorgar la llicència marital preceptiva. Primer es va inscriure la compra indivisa d'una finca per l'esposa i els seus dos germans homes, per les seves respectives societats conjugals. Després, la divisió material de la finca i l'extinció de la comunitat sobre les parcel·les resultants, mitjançant l'adjudicació d'una a cadascun dels tres germans, per a les seves societats conjugals. Finalment, la declaració d'una obra nova sobre la finca adjudicada a l'esposa, també per a la seva societat conjugal.

Ara l'atorgant pretén rectificar el contingut del Registre per fer constar que va realitzar l'adquisició de la seva quota a la finca matriu amb diners adquirits del seu pare abans del matrimoni, circumstància que determina el caràcter privatiu de l'immoble.

La Direcció ho denega. Es tractaria d'un error de concepte en la redacció de l'assentament (article 40-c LH), la rectificació del qual exigeix acord unànime de tots els interessats i del Registrador, o provisió judicial. La compareixença del marit en l'atorgament de les tres escriptures referides no suposa reconeixement del caràcter privatiu de l'adquisició, sinó mera prestació a la dona de la llicència exigida legalment aleshores. Tampoc no s'aporta prova documental pública (article 95-2 RH) del caràcter privatiu del bé.

R. 28 febrer 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3651)

Consten al Registre unes inscripcions que es van practicar en virtut de conveni regulador contingut en una sentència de divorci i instància subscripta per tots dos cònjuges. Ara l'exdona sol·licita que s'anul·lin les inscripcions practicades al·legant que ella no va signar la instància i que les inscripcions es van produir com a con-



seqüència d'una modificació del conveni regulador, constitutiva de delictes.

La Direcció ho denega. Els assentaments ja practicats estan sota la salvaguarda dels Tribunals. La rectificació d'assentaments per existir titlla de nul·litat al títol, exigeix consentiment del titular o, si no, resolució judicial (article 40-d LH). La qualificació i el recurs no són el curs adequat per apreciar l'existència de delictes.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

BÉNS COMUNS I PRIVATIUS

R. 13 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 141)

Denega la inscripció d'una escriptura d'extinció de comunitat en la qual s'adjudiquen diverses finques a una de les comuneres amb caràcter privatiu, en tenir també aquesta condició la quota que ella ostentava en cadascuna de les finques comunes. El títol seria inscripció si la privativitat inscrita resultés de prova documental pública que acrediti el caràcter privatiu del preu d'adquisició (article 95-2 RH), que és el que passa amb totes les finques adjudicades a aquesta comunera, excepte una, respecte de la qual la quota de l'adjudicatària està inscrita com a privativa per confessió (article 95-4 RH). S'ha d'entendre que la totalitat de la finca adjudicada conserva la mateixa naturalesa que la titularitat originària de la copropietat adjudicatària. Per això, s'ha de determinar la participació dels béns o del bé adjudicat en pagament de la participació inscrita com a privativa per confessió.

R. 20 desembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 418)

Denega la inscripció d'una compravenda atorgada per una vídua, titular privativa per confessió del seu cònjuge, amb autorització de qui es diu que són les seves hereves forçoses (segons disposa l'article 95-4 RH), perquè la determinació de qui són aquestes es fa mitjançant acta complementària atorgada d'acord amb l'article 153 RN pel mateix Notari, que afirma haver tingut a la vista l'escriptura d'herència del confessant, declarant que les autoritzants són les úniques legitimàries del confessant "per notorietat i a la vista de la documentació aportada".

La Direcció recorda la seva doctrina. Testament i declaració d'hereus abintestat són títols successoris a l'efecte de l'article 14 LH; però la Direcció estableix diferent règim per a la seva constància en els títols d'herència inscripció. En el testament preval la voluntat del causant que constitueix la llei de la successió; per això, la seva qualificació ha de ser integral, sense que n'hi hagi prou de relacionar succintament les seves clàusules. No obstant això, en la declaració d'hereus el que és rellevant és la constatació dels fets dels quals deriva l'atribució legal de drets successoris; de manera que la constatació documental d'aquests detalls pot ser feta pel Notari, mitjançant una transcripció d'aquests o bé mitjançant un testimoni en relació.

Aquesta doctrina es pot aplicar mutatis mutandis al supòsit resolt. La qualitat d'hereu forçós resulta de la Llei (article 807 Cc). En l'acta complementària, ni s'acompanya el títol successori, ni s'especifica res més sobre les circumstàncies en què es basa la determinació de la qualitat d'hereus forçosos i la seva notorietat,

en termes el corollari del qual sigui la determinació *ope legis* dels legitimaris.

R. 22 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4711)

Consta inscrita des de 1976 la venda d'un habitatge a la seva arrendatària, per a la seva societat de guanys. Ara la titular pretén, mitjançant instància privada, rectificar la inscripció en el sentit de fer constar que l'habitatge és privatiu seu, perquè el va comprar en exercici d'un dret de l'arrendament privatiu, en haver subscrit el contracte d'arrendament en estat de soltera (article 1346 -4t. Cc).

En general, la rectificació exigiria el consentiment del marit o dels seus hereus. No obstant això, la Direcció admet la rectificació pretesa perquè es basa en documents fefaents independents de la voluntat dels interessats: contracte d'arrendament atorgat en data en què l'arrendatària era soltera segons el seu llibre de família; certificació del ministre d'Habitatge on consta l'autorització per a la venda d'aquests habitatges "als seus arrendataris". La compra qualificada va ser realitzada per raó de l'exercici d'un dret d'adquisició preferent de naturalesa legal.

DISSOLUCIÓ, LIQUIDACIÓ I CONVENI REGULADOR

R. 14 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-17: 144)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de liquidació de guanys subsegüent al divorci dels cònjuges, per manca d'inscripció en el Registre Civil de la sentència de divorci.

En les inscripcions produïdes en qualsevol Registre -per tant, també en el de la Propietat- pels fets que afectin el règim econòmic matrimonial, s'han d'expressar les dades d'inscripció en el Registre Civil, i s'ha de denegar la inscripció per defecte esmenable en el cas de manca d'acreditació (article 266 RRC).

R. 22 febrer 2018 (BOE 59, 8-III-18: 3264)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de liquidació de societat postconjugal, atorgada per l'exdona i pels hereus de l'exespòs mort, però sense intervenció de la vídua d'aquest, amb qui s'havia casat en segones núpcies i a qui havia llegat la seva quota legal usufructuària.

És necessària la intervenció de la vídua en la liquidació de la comunitat de post-guanys, per ser part de la comunitat hereditària del difunt, en la seva condició de legitimària, independentment del títol d'atribució de la seva legítima (en aquest cas, un llegat de part alíquota en usdefruit). Mentre que no es parteixi l'herència, hi ha una comunitat hereditària de la qual no només formen part els hereus, sinó tots els designats a la successió per les seves quotes, cosa que inclou també als legitimaris i els legataris de part alíquota. En conseqüència, mentre subsisteixi la comunitat de post-guanys del mort, són aplicables les normes sobre la comunitat de béns (article 406 Cc), la qual cosa exigeix el consentiment unànim de tots els partícips per a la validesa dels actes dispositius sobre béns de l'herència. En ser necessària la intervenció de la vídua per a la partició de l'herència del seu espòs, ho serà també per a tots els actes dispositius anteriors, com és la liquidació d'una societat de guanys prèvia, per tal que els seus drets no es vegin perjudicats.

R. 16 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6155)

Publica la S ferma Jutjat 1a Instància número 6 de Badajoz, 20 setembre 2012, que anul·la la resolució següent:

R. 16 juliol 2011 (BOE 242, 7-X-11: 15764)

Mitjançant document privat de 1985 es va comprar una finca per qui es va dir casat però no va expressar el nom de la seva esposa. Ara es pretén i denega l'elevació a públic mitjançant escriptura atorgada per qui manifesta: ser l'esposa del comprador, estar avui separada legalment d'ell i ser adjudicatària de la finca mitjançant acte judicial (que no s'aporta) de liquidació de guanys. L'elevació a públic d'un document privat ha de ser realitzada pels qui hi van intervenir o, cas de mort, pels seus hereus. En el cas de manca d'acord, es pot demandar judicialment l'elevació a públic, adreçant la demanda contra qui va ser part o els seus hereus.

En el cas resolt, la inscripció de l'elevació a públic requereix: acreditar fefaentment el matrimoni de tots dos en el moment d'atorgar el document privat; aportar la interlocutòria de liquidació dels guanys; i que l'elevació sigui atorgada o ratificada per qui va ser part o els seus hereus (l'esposa és causahavent però no hereva). La inscripció donarà lloc a un supòsit de tracte abreujat, ja que recollirà en un sol assentament la compra i la liquidació de guanys.

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6318)

Denega la inscripció d'un conveni regulador aprovat per sentència de separació, en el qual s'atribueix a l'esposa i al fill el dret d'ús de l'habitatge familiar, que es troba inscrit amb caràcter de guanys, si bé en el conveni ambdós cònjuges declaren que va ser construïda sobre el terreny i amb diners privatis de l'esposa, i fent que així es fes constar en el Registre.

Del títol no es desprèn amb claredat si el que es pretén és: rectificar un error de concepte (article 40-d LH); inscriure l'habitatge com a privatiu de l'esposa en virtut d'un desplaçament familiar causalitzat; o simplement inscriure la finca com a privativa per confessió, cosa que no afectaria legitimaris ni creditors (article 1324 Cc), per contraposició al que passaria en el cas que la finca tingués caràcter purament privatiu; per a això caldria acreditar el caràcter privatiu dels diners mitjançant "prova documental pública" (article 95-2 RH), que no concorre en aquest supòsit. Tot això, juntament amb les exigències del principi de titulació autèntica (article 3 LH) porta a rebutjar la inscripció, a la qual es podria accedir fàcilment, un cop especificada la pretensió de què es tracti, en tractar-se de l'habitatge familiar, que és objecte propi del conveni regulador segons la doctrina de la Direcció.

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6323)

Suspèn la inscripció del pacte d'un conveni regulador de divorci aprovat judicialment, pel qual s'habilita l'espòs perquè, en el termini d'un any, faci efectiva la dissolució del condomini de tots dos sobre l'habitatge familiar, atribuint en ple domini, compensant l'esposa i assumint les despeses de l'operació.

La clàusula qualificada no comprèn cap transmissió de la finca, sinó que recull una mera facultat per a la celebració posterior per les dues parts d'un negoci en un moment que –dins del marc anual queda a la sencera voluntat del facultat. El mer compromís

de transmetre la propietat no és inscripció perquè no es produeix cap mutació jurídica real immobiliària (article 2 LH).

R. 16 maig 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7182)

Denega la inscripció d'un conveni regulador del divorci de dos cònjuges casats en règim de separació de béns, que abans van estar casats en règim de societat de guanys, la qual no ha estat liquidada fins a la data. En el conveni s'adjudica a l'esposa un immoble inscrit en proindivís a nom de tots dos, per haver estat adquirit per compra constant el règim de separació, acordant una compensació de crèdits entre ambdues parts per restablir l'equilibri patrimonial de les adjudicacions realitzades.

Certament és doctrina de la Direcció que resulta inscripció l'adjudicació per conveni regulador de béns adquirits en règim de separació de béns, la regulació no s'identifica sense més amb la del règim de separació de béns. No obstant això, es denega la inscripció en el concret supòsit resolt, perquè en l'inventari del conveni s'omet el títol i la data d'adquisició dels béns, de manera que no resulta possible conèixer el règim jurídic concret aplicable a cada bé. La confusió de guanys amb altres adquirits en separació no permet comprovar si hi ha una formació d'havers adequada i, per tant, si hi ha adjudicacions sense títol, amb títol no identificat o claudicant.

R. 21 maig 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7669)

Consta inscrita la compra d'una finca en proindivís a favor de dos cònjuges casats en separació de béns. Ara es presenta un conveni regulador de divorci subscrit per ambdós en el qual s'inventarien i s'adjudiquen aquesta finca i tots els altres béns, com a guanys. El Registrador denega la inscripció per entendre que l'adjudicació de béns privatis dels cònjuges excedeix el contingut propi del conveni regulador. Els recurrents al·leguen que la inscripció de la compra en proindivís en règim de separació de béns va ser errònia, ja que sempre han tingut règim de societat de guanys.

La Direcció denega la inscripció. L'error patit en el seu dia seria esmenable amb la intervenció de tots els que van intervenir en el negoci o, si no, resolució judicial (article 40-d LH). Però no és suficient l'al·legació sobre règim conjugal que es realitza en l'escrit de recurs posterior a la qualificació, sinó que hauria estat necessari un pronunciament de les parts en el mateix títol, ja que el conveni regulador, com a títol que permet liquidar la societat de guanys, és apte també per rectificar inexactituds registrals.

ESTRANGERS

R. 5 març 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3895)

Suspèn la inscripció d'un decret d'adjudicació recaigut en procediment d'execució hipotecària, per manca de demanda al cònjuge del titular registral, que és de nacionalitat portuguesa i casat, i que va adquirir per compra d'acord amb el seu règim legal d'adquisicions que resulti de la legislació estrangera aplicable.

És doctrina consolidada de la Direcció que, si bé l'article 92 RH permet inscriure adquisicions a favor de cònjuges casats sota règim econòmic matrimonial estranger, amb indicació d'aquest si consta en el títol, serà exigible la determinació d'aquest règim i l'acreditació del seu contingut i la seva vigència en el moment de



l'alienació o gravamen, llevat que consti el consentiment o la demanda a tots dos cònjuges.

En el supòsit resolt, no consta acreditat el contingut i la vigència del Dret estranger aplicable al règim econòmic conjugal del titular registral; i en particular, el poder de disposició d'aquest per disposar dels béns inscrits en aquesta forma. Tampoc no s'ha acreditat l'existència de cap pacte capitular.

R. 2 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5024)

Admet la inscripció de la compra d'un habitatge per dos cònjuges de nacionalitat xinesa, que fan constar que estan casats en el règim establert en la legislació de la Xina i que compren en un 80% l'esposa i en el 20% restant l'espòs. La Registradora reconeix que el règim legal xinès és el de comunitat i, per entendre que l'adquisició s'està realitzant amb caràcter privatiu, exigeix que s'acrediti si aquesta adquisició pot ser realitzada segons el Dret xinès.

La Direcció recorda la seva doctrina consolidada en matèria d'adquisicions per cònjuges estrangers: l'article 92 RH permet inscriure a favor de tots dos amb subjecció al seu règim econòmic matrimonial, amb indicació d'aquest si consta en el títol. La determinació del dit règim i l'acreditació del seu contingut i la seva vigència serà exigible en l'alienació o el gravamen, i es pot obviar si consta el consentiment o la demanda a tots dos.

En el supòsit resolt, els adquirents no estan atribuint caràcter privatiu a les quotes que compren respectivament, per la qual cosa no hi ha obstacle per inscriure-les a nom de cada cònjuge amb subjecció al seu règim matrimonial, de manera que serà en l'ulterior moment de la seva alienació quan caldria acreditar si, d'acord amb el Dret xinès, aquesta es pot fer sense consentiment de tots dos consorts.

GESTIÓ I EMBARGAMENT DE GUANYES

R. 1 juny 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8479)

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació, dictat en un procediment d'execució de títols judicials seguit per l'esposa contra l'espòs, en què es va practicar anotació preventiva d'embargament sobre la participació que pogués correspondre a l'executat sobre determinada finca inscrita com de guanys. En el decret s'adjudica a l'executant el que s'ha embargat, és a dir el 50% de la finca, i s'ordena la cancel·lació de l'anotació d'embargament executat i de les càrregues posteriors.

Ni durant la vigència de la societat de guanys, ni durant la comunitat de post-guanys subsistent entre la dissolució i la liquidació, correspon als cònjuges una meitat indivisa sobre els béns comuns, ni cap altra participació concreta sobre béns singulars.

La Direcció recorda la seva doctrina que, en matèria d'embargament de béns de la societat de guanys en liquidació, distingeix 3 supòsits:

1) Embargament de béns concrets de la societat de guanys en liquidació: exigeix que les actuacions processals se segueixin contra tots els titulars (art. 20LH).

2) Embargament de la quota global que correspon a un cònjuge en la massa total patrimonial: les actuacions es poden seguir només contra el cònjuge deutor i es resoldran en anotació només sobre els béns que s'especifiqui en el manament judicial en la part que correspongui al dret del deutor (166-1 in fine RH): si després aquests béns no se li adjudiquen a ell, quedaria estèril l'anotació, però no la trava, ja que l'embargament es projectaria sobre els béns adjudicats efectivament.

3) Embargament dels drets que puguin correspondre a un cònjuge sobre un concret bé de guanys, un cop dissolta la societat conjugal: les actuacions es poden dirigir només contra el cònjuge deutor, però si després aquest bé no se li adjudica a ell, la trava quedaria estèril. Per això, s'ha de rebutjar el seu reflex registral.

R. 6 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8710)

Es refereix a una finca inscrita de guanys que consta embargada per la TGSS. Ara l'entitat creditora presenta una sentència de divorci, que incorpora el conveni regulador de divorci dels cònjuges, de la qual no resulta haver-se liquidat la societat de guanys, sinó que tan sols es manifesta que és desig dels cònjuges que la finca sigui donada per tots dos a una filla comuna. Amb la presentació de la sentència es pretén fer constar en el Registre que l'embargament afecta només el 50% de finca que correspon a l'exmarit després del divorci.

La Direcció ho denega. Inscrita una finca com de guanys i sense resultar-ne registralment la dissolució i la liquidació de la societat de guanys, no es pot embargar la meitat indivisa del cònjuge deutor. Mentre subsisteixi la societat de guanys, no hi ha porcions indivises de les quals cada un sigui titular.

Per accedir al que es pretén caldria liquidar la societat de guanys dissolta pel divorci (en escriptura pública, conveni regulador aprovat judicialment, o mitjançant el procediment judicial dels articles 806 i següents LEC). Mentrestant, l'entitat creditora només podria substituir l'embargament travat sobre la totalitat de la finca, per alguna de les tres opcions ressenyades en el resum de la resolució anterior.

HABITATGE FAMILIAR

R. 19 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 355)

Denega la inscripció d'una escriptura de constitució d'hipoteca atorgada per un cònjuge casat en separació de béns sobre un habitatge de la seva propietat exclusiva. Cal manifestar que la finca no constitueix habitatge habitual de la seva família o que, en el cas contrari, hi consti el consentiment de l'altre cònjuge (o autorització judicial supletòria).

L'article 1320 Cc es troba dins el capítol de les disposicions generals del règim econòmic i matrimonial, o règim primari, aplicant-se amb independència del règim que regeixi matrimoni constant. Aquesta conformitat prestada pel cònjuge no és sinó un simple assentiment o conformitat amb el negoci aliè del qual no s'és part.

R. 27 desembre 2017 (BOE 17, 19-I-18: 692)

Pel que fa a la necessitat d'assenyalar un termini de durada per a la inscripció del dret d'ús de l'article 96 Cc, la Direcció assumeix la

doctrina de la S TS 29 maig 2015, que distingeix dos supòsits: quan hi ha fills menors, l'interès que s'ha de protegir és el d'aquests –i no el del propietari del bé–, de manera que no hi pot haver limitacions temporals; en canvi, en els casos on no hi ha fills menors d'edat, a manca d'un altre interès superior, es tutela el del propietari, i s'imposa la necessària temporalitat del dret derivada del principi d'especialitat.

En aplicació d'aquesta doctrina, admet la inscripció d'un dret d'ús sobre l'habitatge familiar, fixat en un pacte de convivència de parella de fet en el moment de la seva separació, a l'empara de l'article 4 de la Llei valenciana 5/2011 de relacions familiars de fills i filles els progenitors dels quals no conviuen (declarada inconstitucional per la S TC 16 novembre 2016, si bé és aplicable la doctrina sobre la inscripció del dret d'ús en relació amb l'article 96 Cc). En aquest cas hi ha una filla menor d'edat que queda sota la custòdia de la mare titular del dret d'ús, per la qual cosa no procedeix la fixació de termini.

El dret d'ús no és patrimonial, sinó familiar. En el règim del Cc no té naturalesa de dret real (a diferència de l'article 83-3 CF català). Pel que fa a l'oposabilitat del dret d'ús sobre l'habitatge familiar davant tercers que acreditin algun dret, la S TS 18 gener 2010 distingeix situacions:

- El cònjuge propietari de l'habitatge el pot transmetre, o si la propietat és de tots dos cònjuges, pot demanar-ne la divisió. En aquests casos, el cònjuge titular de l'ús pot oposar a tercers que hagin adquirit directament del propietari únic o en la subhasta subsegüent a l'acció de divisió.

- Si el propietari de l'habitatge és un tercer que va cedir l'ús de l'habitatge mitjançant un contracte (per exemple, arrendament) al cònjuge que no resulta titular del dret d'ús, el jutge no pot crear un títol que alteri les relacions contractuals entre les parts, de manera que la relació contractual no continua amb el cònjuge no contractant.

- Si el propietari de l'habitatge és un tercer que va cedir l'ús de l'habitatge gratuïtament al cònjuge que no ha resultat titular del dret d'ús, el propietari té l'acció de desnonament perquè hi ha un precari.

R. 11 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1023)

Denega la inscripció d'un dret d'ús d'habitatge familiar a favor de la filla menor, perquè no es determina en el text de la sentència ni la identitat i altres dades de la persona a favor de la qual s'ha d'inscriure, ni les dades identificatives de la finca que constitueix el domicili familiar.

R. 30 maig 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8051)

Admet la inscripció d'un dret d'ús sobre habitatge familiar, establert en conveni regulador de divorci, a favor de l'esposa sota la custòdia de la qual queda l'únic fill menor, tot i no determinar-se la durada del dret.

Pel que fa a la necessitat d'assenyalar un termini de durada per a la inscripció del dret d'ús de l'article 96 Cc, la Direcció assumeix la doctrina de la S TS 29 maig 2015, que distingeix dos supòsits: mentre els fills siguin menors, l'interès que s'ha de protegir és el

d'aquests –i no el del propietari del bé–, de manera que el termini de vigència del dret està fixat en el límit de la majoria d'edat, sense que càpiguen per tant limitacions temporals explícites; en canvi, en els casos on no hi ha fills, o quan arriben a ser majors d'edat, si no hi ha un altre interès superior, es tutela el del propietari, i s'imposa la temporalitat necessària del dret derivada del principi d'especialitat.

R. 13 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8721)

Admet la inscripció d'una servitud de pas sobre un terrat, element annex a l'habitatge habitual de la família, constituïda només pel marit com a titular privatiu, sense necessitat de consentiment de l'esposa.

Els articles 1320 Cc i 91 RH exigeixen consentiment del cònjuge no propietari per disposar de drets sobre l'habitatge familiar "habitual", és a dir aquell en què es conviu la major part de l'any. Aquesta conformitat és un assentiment a un acte del qual no s'és part. L'expressió legal "disposar" és deliberadament àmplia, i inclou: actes dispositius de naturalesa real o personal; l'extinció dels drets d'arrendatari i la renúncia a la seva pròrroga; donacions, aportacions a societat, compravendes i altres alienacions voluntàries (encara que la finalitat sigui obtenir diners per adquirir a continuació un altre immoble més convenient); constitució d'usdefruit, ús, habitació (que suposen una sostracció real de l'habitatge a l'ús familiar) i hipoteca (sostracció potencial).

Pel que fa a la constitució de servitud, es tracta d'un dret real limitatiu del domini, que no sostreu totalment el gaudi de la cosa, però que el limita fins i tot de forma perpètua. Com a acte dispositiu entra en l'àmbit de l'article 1320 Cc. No obstant això, atenent a la interpretació jurisprudencial d'aquest precepte, s'ha d'entendre que no és aplicable en aquest cas, en tractar-se d'una servitud externa a l'habitatge habitual, que només afecta una part d'un element annex a aquesta, el terrat, el qual té accés directe i independent des del carrer, sense que hi hagi cap element l'objectiu del qual resulti la possibilitat d'eliminació o de sostracció del gaudi de l'habitatge o pertorbació de la convivència familiar a aquesta. Ni tan sols impedeix utilitzar la zona de terrat afectada per la servitud, ja que l'ús no és exclusiu del predi dominant.

REPRESENTACIÓ

R. 10 maig 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7107)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda en la qual el venedor va ser representat per un apoderat que va declarar la vigència de la seva representació i no haver variat l'estat ni la capacitat civil del representat. No obstant això, un cop presentada l'escriptura al Diari, compareix en el Registre la vídua del poderdant i acredita que aquest havia mort a la una de la matinada del mateix dia en què es va atorgar l'escriptura de venda.

Tradicionalment la jurisprudència havia desvinculat la protecció del tercer de bona fe, de la bona fe de l'apoderat. No obstant això, sentències més recents consideren que la bona fe de l'apoderat és imprescindible perquè el poderdant quedi vinculat, sense que sigui suficient només amb la bona fe del tercer (Ss TS 24 d'octubre de 2008, 13 de febrer de 2014). Ara bé, aquestes qüestions s'han de substanciar en el procediment judicial que correspongui, en el si del qual podran decretar mesures cautelars amb el



seu reflex tabular oportú. Però tot això no pot impedir el despatx d'un document ja presentat, que té una prioritat tabular guanyada per raó del temps.

R. 13 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8722)

Admet la inscripció d'una escriptura actual per la qual, la titular registral d'una finca adquirida per escriptura de compra el 1992, reconeix que ella la va adquirir com a mera titular fiduciària, i que el veritable comprador era l'altra persona que no va comparèixer, la qual va satisfer tot el preu i va sufragar totes les despeses de la compra i les posteriors inherents al domini fins que va morir, passant llavors a sufragar-les els hereus. L'escriptura de reconeixement ha estat atorgada per la titular registral i pels hereus de *verus dominus* i de la seva esposa en guanyats, també morta. S'incorpora testimoni notarial d'un document privat datat el 2005 pel qual la fiduciària va reconèixer que la finca era dels hereus esmentats del seu pare mort, els quals sol·liciten en l'escriptura la inscripció a nom seu per parts iguals: una meitat per herència del seu pare i l'altra per herència de la seva mare.

Superada la tesi clàssica en la interpretació de l'article 1717 Cc, que negava caràcter representatiu a l'actuació del gestor en la representació indirecta, la Direcció assumeix la jurisprudència més recent segons la qual la representació directa o mediata és una forma autèntica de representació que atribueix efectes directes per al representat a l'actuació del representant.

Admesa l'adquisició immediata de la propietat pel *dominus*, la via recta per acreditar la titularitat del *dominus* pot ser voluntària, mitjançant escriptura atorgada pel representant i aquell que en reconegui *erga omnes* el seu dret, la qual no serà una rectificació o modificació del títol previ, sinó una simple adequació de la titularitat formal a la realitat. Ara bé, no n'hi ha prou amb el mer reconeixement de titularitat, sinó que cal la seva causalització i acreditar prou l'existència de la relació representativa. El reconeixement només serà inscripció si té la condició de títol material transmissiu o declaratiu del domini; i per això és necessària l'expressió de la causa, tal com es fa en el títol qualificat.

SOCIETATS MERCANTILS

ADMINISTRADORS I APODERATS

R. 13 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 140)

R. 13 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 139)

R. 13 desembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 79)

Admet la inscripció en el Registre Mercantil d'un ampli poder que els administradors mancomunats es concedeixen a ells mateixos amb caràcter solidari, però amb la previsió que: la vigència del poder començarà quan un dels administradors mancomunats mori, o pateixi incapacitat temporal o permanent acreditada mitjançant certificat mèdic oficial; i que la durada del poder serà d'un any o fins que la junta general nomeni un nou òrgan d'administració, moment en el qual quedarà ineficax.

A més de la possibilitat de nomenar administradors suplents (que no poden ser temporals), en les societats amb administradors mancomunats es pot evitar la possible acefàlia i paralització social mitjançant la concessió d'un poder als mateixos administradors

perquè, en defecte d'un d'ells, el que romanguí en el càrrec pugui seguir actuant en el tràfic amb més o menys facultats. El problema que planteja l'admissió d'aquest tipus de poders es refereix a la seva revocació; però la Direcció ho resol entenent que la revocació del poder conferit a un administrador mancomanat no exigeix l'actuació conjunta de tots dos, sinó que és eficaç la revocació feta només per l'altre (R. 15 març 2011).

D'altra banda, els poders sota condició o terme són perfectament vàlids. El Registrador no discuteix la validesa del poder qualificat, però considera que no és inscripció perquè la seva eficàcia davant tercers depèn de circumstàncies extraregistrals. Però la veritat és que no hi ha norma que impedeixi fer dependre l'eficàcia d'un apoderament de circumstàncies com les de la clàusula debatuda, la qual és compatible amb els límits generals de l'autonomia de voluntat (articles 1255 Cc i 28 LSC) i, per tant, inscripció.

R. 15 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 148)

Denega la inscripció d'una venda atorgada per una societat a través del seu administrador, perquè no resulta la ressenya dels títols que permeten apreciar l'existència de títol representatiu, així com la seva congruència amb el contingut del Registre Mercantil.

És doctrina consolidada que el nomenament dels administradors té efectes des del moment de l'acceptació, i la inscripció en el Registre Mercantil és obligatòria, però no constitutiva. No hi ha cap precepte que imposi la inscripció prèvia en el Registre Mercantil del càrrec social o del poder general, com a requisit d'inscripció dels actes realitzats en l'exercici d'aquesta representació. El que passa és que, si la representació consta inscrita, gaudeix de presumpció de validesa i exactitud, el Registrador mercantil n'haurà qualificat favorablement la regularitat, i per això, n'hi ha prou de completar la ressenya identificativa del document representatiu amb les dades de la seva inscripció. En canvi, si el títol no recull les dades d'inscripció de la representació, haurà de ressenyar les dades i els documents que posin de manifest la designació vàlida del representant, per haver estat nomenat amb els requisits legals i estatutaris per l'òrgan social competent, degudament convocat i vigent en el moment del nomenament, incloent l'acceptació del nomenat i, si és el cas, la notificació o el consentiment dels titulars dels càrrecs anteriors inscrits.

En el supòsit resolt, el Notari ressenya l'escriptura de la qual resulta el nomenament i l'acceptació de l'administrador, així com la notificació a l'anterior. Ara bé, la designació és feta pel soci únic, en exercici de les competències de la junta (article 15-1 LSC), però sense cap ressenya de l'escriptura per la qual la societat declara la unipersonalitat i identifica el soci únic.

R. 18 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 353)

Rebutja la inscripció d'un cessament i nomenament d'administradora única, perquè no coincideix el nom de la nomenada que consta en el text de l'escriptura (M.P.I.S.) amb el que figura en la certificació incorporada (P.I.S.).

Les dades que han de constar en l'assentament registral (i el nom de la persona física inscripció és exigida per l'article 38 RRM) i només poden anotar quan constin de manera indubtable en el títol presentat.

La doctrina de la Direcció del fet que les discordances d'identitat escassa no han d'impedir-ne la inscripció, es refereix només als supòsits en què la discrepància es produeix entre les dades inscrites i els del títol que es pretén inscriure, però no al cas present, on la discordança resulta del contingut del mateix títol inscriptible. És imprescindible que resulti amb claredat suficient quina és la dada correcta i quina l'errònia, tenint en compte la presumpció de veracitat que té tot el document (article 17 bis LN). Certament, quan el nom de pila és compost, és freqüent la utilització indistinta del nom complet o d'una part d'aquest. Però sense perjudici de la realitat d'aquest ús social, en Dret, tant el nom compost com els noms individuals que el formen, tenen identitat pròpia (article 51 LRC).

R. 13 febrer 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2492)

Denega la inscripció en el Registre Mercantil d'una escriptura de constitució de societat limitada en què, dins el text de l'escriptura i fora dels estatuts, els dos administradors mancomunats presten el seu consentiment recíproc perquè qualsevol d'ells pugui exercir per ell mateix algunes facultats en nom de la societat (entre altres, realitzar disposicions de saldos bancaris fins a 5.000 € diaris). Aquest consentiment recíproc només es pot inscriure si es plasma en un atorgament de poder amb caràcter solidari.

La diferència conceptual i la naturalesa i eficàcia diferents de les representacions orgànica i voluntària, permeten afirmar que la seva possible concurrència es troba fora de tot dubte, concorrent en aquesta persona les condicions d'administrador i d'apoderat (articles 281 Ccom, 36 i 249 LSC, 94-1 RRM), si bé el desenvolupament de les dues figures pot fer sorgir dificultats d'harmonització en cada cas.

Certament els administradors mancomunats poden concedir poders solidaris recíprocs, però sotmesos al règim de la representació voluntària i no orgànica (tipificada legalment i exclosa de l'autonomia de voluntat), essent aquest poder recíproc susceptible de ser revocat unilateralment per cada un dels administradors mancomunats (R. 15 març 2011). No es pot admetre que, per prestació de consentiment anticipat, es pugui combinar l'administració mancomunada amb la solidària respecte d'alguns actes o fins a cert import.

R. 1 març 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3891)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords sobre reelecció d'administrador, atorgada pel reelegit, perquè el domicili d'aquest que consta a la compareixença és diferent del que resulta dels assentaments registrals, als quals es remet l'acord de reelecció segons figura en la certificació incorporada.

La Direcció entén que aquest supòsit és diferent del de la R. 1 octubre 2015 (BOE 253, 22-X-15: 11369), que va admetre la inscripció d'una escriptura d'augment de capital, tot i que el domicili de l'administrador atorgant expressat en la compareixença no coincidia amb el domicili de la mateixa persona que, com a subscriptor de part de les noves accions, s'expressava en la certificació d'acords socials incorporada. Aquesta discordança de dades no es va entendre rellevant a l'efecte de la seva inscripció.

No obstant això, la indicació del domicili de l'administrador no és una dada que permeti una determinació més o menys encer-

tada o dubtosa. Per això, en el supòsit ara resolt, s'ha de salvar la discordança perquè resulti amb claredat suficient quina dada ha de constar en els assentaments registrals.

R. 11 abril 2018 (BOE 100, 25-IV-18: 5642)

Admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords sobre cessament i nomenament de nou administrador, atorgada pel nomenat, que figura com "Miguel PH" en l'escriptura, però com "Miguel Ant. PH" a la certificació i en una inscripció prèvia com a apoderat. En totes les mencions indicades concorda el número del DNI.

La discordança entre les dades inscrites i les del títol només haurien d'impedir-ne la presa de raó quan plantegi dubtes raonables sobre la identitat de la persona. La discordança del supòsit és irrellevant. Així resulta de la conveniència del manteniment de la validesa dels actes jurídics –en la mesura que no lesionin cap interès legítim– i de la fluïdesa del trànsit jurídic, evitant la reiteració de tràmits costosos i innecessaris que no proporcionen garanties addicionals.

R. 31 maig 2018 (BOE 144, 14-VI-18: 8000)

Admet la inscripció d'una venda de finca pertanyent a una societat limitada, l'administrador de la qual manifesta que el bé no té el caràcter d'actiu essencial. Certament consta també presentada una instància subscripta per qui diu ser titular del 50% de la societat transmetent en la qual afirma que el bé venut és l'únic actiu de la societat.

Es reitera doctrina consolidada. La transmissió d'actius essencials excedeix de les competències de l'administrador (la S TS 17 abril 2008 estableix que els consellers delegats no tenen poder per transmetre tot l'actiu de la companyia). Però tot i reconèixer això, mitjançant certificació de l'òrgan d'administració o manifestació del representant social sobre el caràcter no essencial de l'actiu, el Notari ha de complir el seu deure de diligència en el control sobre l'adequació del negoci a la legalitat; però sense que aquesta manifestació sigui requisit imprescindible per a la inscripció, en atenció al fet que el tercer adquirent de bona fe i sense culpa greu ha de quedar també protegit en aquests casos (article 160-f).

D'altra banda, la Direcció recorda l'exigència que els Registradors no s'estenguin assentaments de presentació dels documents privats, llevat d'excepcions legals que no concorren en aquest cas (article 420-1 RH).

CAPITAL SOCIAL

R. 21 desembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 423)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic de decisions de soci únic d'una limitada, relatives a l'augment de capital social per compensació de crèdits. L'exigència que consti la data concreta en què van ser contrets els crèdits no queda complerta amb la mera referència als anys en què es van realitzar els préstecs, ja que l'article 1204 Cc exigeix, per a la novació real d'obligacions, la declaració terminant de substitució d'obligació.



En canvi, no constitueix defecte la manca d'adaptació a la Llei de societats professionals. Certament, dins l'objecte social s'inclouen en general les telecomunicacions, activitat que segons el Diccionari de la llengua espanyola consisteix en la transmissió i recepció a distància de senyals per mitjans electromagnètics, sense que hi hagi cap norma que atribueixi aquesta activitat en exclusiva als enginyers de telecomunicacions.

R. 16 maig 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7183)

Denega la inscripció d'una reducció de capital d'una limitada per restitució d'aportacions a tots els socis, acordada per tots els socis menys un (que representa el 15% del capital). En acord a part, que un dels assistents no vota a favor, s'aprova la forma d'executar l'acord: lliurament de xec nominatiu a cada soci, excepte a l'absent, a qui se li paga mitjançant la compensació d'un deute contret amb la societat.

Es desestima un primer defecte de la qualificació. La decisió de reduir el capital per restitució d'aportacions es pot adoptar encara que no la consentin tots els socis. Aquest acord no suposa una violació del principi de paritat de tracte (enunciat a l'article 97 LSC: la societat ha de donar un tracte igual als socis que es trobin en condicions idèntiques). Encara que l'article 292 LSC exigeix el consentiment dels afectats per adoptar qualsevol modificació que afecti els drets individuals de qualsevol soci, això no permet deduir l'exigència general de consentiment unànim per acordar la reducció del capital per devolució d'aportacions. En l'acord qualificat no hi ha disparitat de tracte ni minva de la posició i percentatge dels socis en la societat.

No obstant això, la Direcció rebutja la forma d'execució de l'acord mitjançant compensació imposada al soci no assistent. Certament la LSC no exigeix expressament que la restitució d'aportacions a una reducció de capital s'hagi de fer en diners, però hi ha indicis normatius que l'obligació de pagament del crèdit de reemborsament derivat de la reducció és una obligació dinerària (article 393-1 sobre pagament de la quota de liquidació al soci separat o exclòs; articles 170 i 201-3 RRM sobre reducció de capital amb restitució). La compensació, com a mitjà d'extinció total o parcial de l'obligació (article 1156 Cc) no pot ser imposada per una part sense el consentiment de l'altra o decisió judicial.

R. 22 maig 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7674)

Denega la inscripció d'una reducció del capital d'una limitada per import de 282.605 €, suma del valor nominal de les participacions que s'amortitzen ara, però que la societat havia adquirit prèviament en autocartera pel preu de només 6.000 €.

La Direcció recorda la seva doctrina que en la reducció de capital per amortització d'accions pròpies no hi ha devolució d'aportacions en un sentit civil, però sí que n'hi ha en el sentit en què la LSC fa servir aquesta expressió en regular la reducció del capital (articles 317 i 329 i següents LSC). Atès que la responsabilitat dels socis beneficiaris de la restitució davant els creditors socials té com a límit l'import del que restituint (article 331 LSC), la societat no pot rebaixar la xifra de capital social inscrit en perjudici de tercers, sense respectar els requisits legals de la reducció de capital. Per consegüent, la diferència entre el nominal reduït

i l'import de la restitució realitzada per sota del par, s'ha d'acollir a algun dels sistemes legalment previstos, que segons la qualificació confirmada, són: o la constitució d'una reserva voluntària, o la constitució d'una reserva obligatòria, o que la reducció es faci per pèrdues (que és el que s'al·lega ja en fase de recurs, si bé no n'hi ha prou amb la mera al·legació, sinó que s'ha d'aportar el balanç auditat a què es refereix l'article 326 LSC). No es pot tenir en compte l'afirmació de l'administrador relativa a la inexistència de creditors, perquè el sistema legalment previst exigeix emplenar els requisits de protecció en benefici d'eventuals creditors, se'n conegui o no l'existència.

COMPTES SOCIALS

R. 11 desembre 2017 (BOE 3, 3-I-18: 75)

Admet el dipòsit de comptes d'una societat, que la Registradora havia denegat per entendre que la signatura de l'administrador hauria de constar en les dues fulles que componen la certificació de l'acord que les aprova. L'article 366-1-2n RRM exigeix aportar certificat de l'òrgan competent amb firmes legitimades notarialment que contingui l'acord d'aprovació dels comptes i de l'aplicació del resultat. La finalitat del precepte és garantir l'autoria del certificat i l'efectiva aprovació dels comptes per la junta, aspectes respecte dels quals la certificació qualificada no planteja dubtes. Si la Registradora considera que l'acord certificat no és autèntic o no és íntegre, ho ha d'expressar motivadament en la seva qualificació.

R. 19 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 358)

Rebutja el dipòsit de comptes anuals per falta d'informe de l'auditor de comptes, ja que a instància de soci o socis minoritaris, s'ha nomenat un auditor el nomenament del qual consta inscrit en el Registre Mercantil (article 265-2 LSC).

R. 20 desembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 420)

Admet el dipòsit de comptes d'una societat, presentats en format normalitzat i abreujat, tot i no aparèixer emplenat en el full IDA2 l'apartat "informació sobre el període mitjà de pagament a proveïdors durant l'exercici", ja que en el full anterior IDA1 (sobre dades generals d'identificació i informació complementària) s'ha fet constar que la societat està inactiva. Aquesta obligació d'informar sobre el període mitjà de pagament a proveïdors, imposada per l'addicional tercera de la Llei 15/2010, pressuposa que hagin existit proveïdors i pagament de béns o serveis, de manera que quan no hagin existit els uns i els altres, no pot existir aquesta obligació.

R. 10 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1021)

La Direcció estima el recurs contra una nota de despatx emesa per la Registradora mercantil en què s'indica que els comptes d'una societat han estat presentats a dipòsit fora de termini, quan la veritat és que han estat presentats dins el mes següent a la seva aprovació, com ordena l'article 279 LSC. La indicació incorrecta que el dipòsit s'ha realitzat fora de termini és una circumstància que només consta a la nota despatx i, com a tal, no es troba emparada per la presumpció de legitimació de l'article 7 RRM.

R. 17 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1034)

Admet el dipòsit dels comptes d'una societat presentats en el model normalitzat aprovat per Ordre JUS / 471/2017, entenent que no s'ha infringit el deure d'emplenar la casella de compte de pèrdues i guanys i aplicació del resultat, en haver consignat el valor "zero".

R. 19 febrer 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3193)

No es pot considerar efectuat el dipòsit dels comptes anuals, quan el full registral de la societat es troba tancat per la manca del dipòsit dels comptes de l'exercici anterior (art. 378-7 RRM).

R. 20 febrer 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3198)

Admet la inscripció de la decisió de l'administrador d'una societat anònima no obligada a verificació comptable, de nomenar nou auditor per jubilació de l'anterior. I això, tot i que, al seu dia es va desestimar la sol·licitud de la minoria per al nomenament d'auditor per al mateix exercici (article 265-2 LSC), perquè constava inscrita la designació de l'auditor que ara es jubila.

La inscripció de l'auditoria voluntària va enervar al seu dia el dret del soci minoritari a sol·licitar la verificació comptable. Ara, l'òrgan d'administració està perfectament legitimat per designar auditor. La competència del Registrador mercantil per a la designació d'auditor ve atribuïda legalment (articles 40 Ccom i 265 LSC) només en aquells supòsits que preveu la Llei, de manera que en aquest cas no és competent, perquè hi ha un nomenament voluntari previ inscrit.

R. 28 febrer 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3652)

Suspèn el dipòsit de comptes anuals d'una societat, que no acompanya l'informe d'auditor sol·licitat per la minoria, i hi ha resolució ferma del Registrador acordant-ne la procedència, però no nomenament efectiu ni inscripció a favor de cap persona, ni en el moment d'aprovar els comptes ni en de la seva presentació.

L'acord d'aprovació dels comptes adoptat en una junta en la convocatòria de la qual s'ha incomplert l'exigència de l'article 272-2 LSC (sobre dret d'informació del soci, que comprèn també l'informe de l'auditor), és nul de ple dret (S TS 3 juliol 2008). Si els tràmits de nomenament de l'auditor s'han vist retardats, un administrador prudent s'ha d'abstenir de convocar junta ordinària.

R. 23 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6322)

Rebutja el dipòsit de comptes anuals per manca d'informe de l'auditor de comptes, ja que a instància de soci o socis minoritaris, s'ha nomenat un auditor el nomenament del qual consta inscrit en el Registre Mercantil (article 265-2 LSC).

R. 21 maig 2018 (BOE 139, 8-VI-18: 7672)

Rebutja el dipòsit de comptes anuals per manca d'informe de l'auditor de comptes, ja que a instància de soci o socis minoritaris, s'ha nomenat un auditor el nomenament del qual consta inscrit en el Registre Mercantil (article 265-2 LSC).

DENOMINACIÓ SOCIAL

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6327)

Estima el recurs contra la qualificació registral que havia denegat la reserva de diverses denominacions sol·licitades per ordre successiu de preferència.

És doctrina consolidada que, en l'àmbit de les denominacions socials, la identitat entre elles no només es pot produir per absoluta coincidència gramatical, sinó també quan les diferències, per la seva escassa entitat o l'ambigüitat dels termes que les provoquen, no desvirtuïn la impressió que es tracta de la mateixa denominació ("quasi-identitat"). Aquesta qüestió eminentment fàctica i la seva resolució depèn de les circumstàncies de cada cas. El seu desenvolupament normatiu es conté en l'article 408 RRM. La finalitat última de la prohibició és identificar amb seguretat la societat.

En virtut d'aquestes consideracions, la Direcció aprecia, però, que no hi ha identitat substancial entre tres de les denominacions preteses en el supòsit, "ASP Abogados y Asesores Tributarios", "ASP Asesores Tributarios y Abogados" i "ASP Abogados y Asesores", amb les ja inscrites, "PSG Abogados y Asesores Tributarios" i "S&P Abogados y Asesores Tributarios", perquè la individualització resulta del terme "ASP". Si no s'entén així, també les dues denominacions prèviament inscrites serien substancialment idèntiques.

Tampoc no hi ha identitat substancial entre la denominació pretesa, "ASP Abogados", i les inscrites, "STS Abogados", "A&C Abogados" i "AP Abogados Asesoría". Ni entre la denominació pretendida, "ASP Asesores Jurídicos y Tributarios" i "IIL Asesores Jurídicos y Tributarios". Finalment, tampoc n'hi ha entre la denominació pretesa, "ASP Abogados", i les inscrites, "STS Abogados", "A&C Abogados" i "AP Abogados Asesoría".

R. 29 maig 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8147)

Estima el recurs contra la qualificació que havia denegat la reserva de la denominació "Ditecal, SL", per trobar-la substancialment idèntica amb les denominacions ja inscrites "Diteca, SA", "Ditecar, SL" i, en menor mesura, "Dimecal, SA".

És doctrina consolidada que, en l'àmbit de les denominacions socials, la identitat entre elles no només es pot produir per absoluta coincidència gramatical, sinó també quan les diferències, per la seva escassa entitat o l'ambigüitat dels termes que les provoquen, no desvirtuïn la impressió de tractar-se de la mateixa denominació ("quasi-identitat"). Aquesta qüestió eminentment fàctica i la seva resolució depèn de les circumstàncies de cada cas. El seu desenvolupament normatiu es conté en l'article 408 RRM. La finalitat última de la prohibició és identificar amb seguretat la societat.

No obstant això, entre la denominació pretesa en el supòsit i les ja registrades, hi ha diferències en la consonant, no només fonètiques, sinó també gràfiques. Seguint la tesi de la qualificació, resultaria que també serien substancialment idèntiques entre si les denominacions ja inscrites. En el nostre idioma és freqüent l'existència de paraules que només es diferencien entre si per una o dues consonants sonores, però amb significats clarament diferents.



R. 4 juny 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8483)

Denega la reserva en el Registre Mercantil Central de les denominacions "Federación Española e-Sports, SL", "Federación Española de Deportes Electrónicos, SL" i "Federación Madrileña e-Sports, SL".

La Direcció ha rebutjat la inclusió en les denominacions de societats mercantils de termes com "fundación", "cooperativa", "asociación" (R. 2 gener 2003), "instituto universitario" (R. 14 maig 1998), "club de fútbol" (R. 11 octubre 1984), com també termes que indueixen a error amb les denominacions d'entitats associatives religioses (R. 26 juny 1997). De la mateixa manera, la inclusió en la denominació social del terme "federación" indueix a confusió sobre la naturalesa de l'entitat que es pretén constituir. En el nostre ordenament les federacions esportives constitueixen un dels cinc supòsits d'associacionisme que preveu la Llei de l'esport-1990 (articles 30-40). A més, la realització d'una activitat esportiva sota la forma d'una societat de capital s'ha de dur a terme necessàriament sota la forma de societat anònima esportiva a què es refereix el RD 1251/1999.

La R. 5 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8707) denega pels mateixos motius, la reserva en el Registre Mercantil Central II de les denominacions "E-Sports Federación, SL", "Deportes Electrónicos Federación, SL" i "Videojuegos y e-Sports Federación, SL".

R. 6 juny 2016 (BOE 155, 28-VI-16: 6251)

Denega la inscripció en el Registre Mercantil d'una escriptura de constitució de societat limitada denominada "Krom Desarrollos Profesionales, SL".

No hi ha obstacle en el fet que hi hagi una marca notòriament coneguda anomenada "Krom". La denominació de la societat constituïda inclou altres paraules que permeten diferenciar-la de la marca en qüestió. L'addicional 13a de la Llei 17/2001 de marques preveu el rebuig del nom d'una marca si hi ha identitat o pot generar confusió d'identitat, que és el que passava a la R. 5 maig 2015 (supra.), on hi havia una identitat total entre els noms de la societat i la marca.

No obstant això, la inscripció es denega perquè la denominació social inclou el terme "professionals", però la societat no té la condició de professional a l'efecte de la Llei 2/2007. Aquesta denominació és contrària a l'article 406 RRM que prohibeix incloure en la denominació social termes o expressions que indueixin a error o confusió sobre la classe o naturalesa de la societat.

DOMICILI SOCIAL

R. 28 maig 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8140)

Admet l'expedició de certificació d'assentaments d'una societat en el Registre Mercantil d'origen, com a conseqüència del canvi de domicili social efectuat en l'escriptura qualificada, tot i que el full social està tancat per manca d'adaptació a la LSP 2/2007, la qual cosa motiva més la manca d'inscripció prèvia del nou òrgan d'administració, atorgant del títol qualificat.

Certament la societat es troba dissolta de ple dret i el seu full registral està tancat, per efecte de la transitòria primera de la Llei 2/2007. En ocasió de l'obligació d'adaptar les societats anònimes a les noves normes promulgades el 1989, la Direcció va elaborar una doctrina segons la qual, tot i la sanció de dissolució de ple dret imposada literalment a les societats que no s'adaptessin a termini, hi havia la seva reactivació (article actual 370 LSC). En conseqüència, el fet d'haver-se tancat el full social no és obstacle per expedir la certificació necessària per al trasllat de domicili social, ja que la dita modificació estatutària és compatible amb l'eventual reactivació o amb la liquidació de la societat.

D'altra banda, no hi ha cap problema de tracte successiu en l'expedició de la certificació pel Registre d'origen, ja que no es tracta d'inscriure-hi cap document. Serà en el Registre de destinació on caldrà presentar l'escriptura a inscripció (articles 290 LSC i 5 RRM).

R. 6 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8711)

Suspèn la inscripció d'una escriptura pública atorgada a Espanya, per la qual una societat constituïda a Panamà trasllada el seu domicili a Espanya.

El trasllat internacional de domicili de societats estrangeres a domicili espanyol té una regulació molt escarida en el nostre ordenament: la societat ha de complir els requisits de constitució exigits per la norma espanyola per a la forma social adoptada; a més, per a societats procedents de països que no formen part de l'Espai Econòmic Europeu, s'exigeix que la legislació de l'estat d'origen permeti el canvi de domicili sense pèrdua de la personalitat jurídica, i també la necessitat d'informe d'expert independent sobre la suficiència del patrimoni per cobrir el capital social (articles 92 i 94 Llei 3/2009 i 309 RRM).

La societat del supòsit va ser constituïda a Panamà amb un capital de 9.131 €, si bé en els estatuts que figuren en l'escriptura de trasllat de domicili a Espanya consta la xifra de 3.000 €. Aquesta divergència –posada de manifest en la qualificació– se salva satisfactòriament mitjançant una acta que incorpora certificació del soci únic acreditativa que el capital correcte és el de l'escriptura de constitució. No obstant això, cal que els comptes presentats i l'informe de l'expert (que afirma la suficiència del patrimoni per cobrir un capital de només 3.000 €) reflecteixin el capital corregit.

En canvi, hi ha un altre defecte que es desestima per la Direcció. Només cal l'esquemàtic "historial de la societat" expedit pel Registre d'origen, sense que sigui exigible certificació literal dels seus assentaments. Certament l'article 309 RRM, exigeix certificar els actes que estiguin vigents en el registre estranger i que a més siguin de consignació obligatòria d'acord amb la normativa espanyola. Però aquesta exigència s'ha d'interpretar a la llum de l'article 94 Llei 3/2009, de manera que n'hi ha prou de certificar l'existència de la societat estrangera i acompanyar els comptes anuals a què es refereix l'article 309-2 RRM.

ÍNDIX D'ENTITATS DE L'AGÈNCIA TRIBUTÀRIA

R. 11 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8715)

Deneguen la inscripció d'una elevació a públic d'acord de junta sobre renúncia de dos administradors solidaris, canvi de sistema

d'administració i nomenament d'administrador únic. La societat té tancat el seu full social per manca de dipòsit de comptes, cosa que impedeix la inscripció del canvi de sistema i del nomenament. Però és que a més, tampoc no és inscriptible la renúncia, perquè la societat ha causat baixa provisional en l'Índex de l'Agència Tributària. Aquesta baixa té com a efecte el tancament del full social en el Registre Mercantil (article 119-2 Llei impost societats), llevat de les excepcions al tancament que preveu l'article 96 RRM, que són els assentaments ordenats per l'autoritat judicial, el dipòsit de comptes anuals i els assentaments, pressupòsit necessari per a la reobertura del full; però no el cessament o dimissió d'administradors (a diferència del que passa amb el tancament derivat de la manca de dipòsit dels comptes anuals).

JUNTA GENERAL I ELS SEUS ACORDS

R. 20 desembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 419)

Admet la inscripció de la clàusula estatutària d'una limitada segons la qual la junta haurà de convocar mitjançant un anunci publicat a les xarxes socials i, en el cas que no n'hi hagi, almenys mitjançant carta certificada amb justificant de recepció, però admetent també "qualsevol altre mitjà de fefaència superior", especialment la seva remissió per conducte notarial. El Registrador entén que el procediment entre cometes no compleix amb l'article 173-2 LSC, el qual exigeix procediment que assegurï la recepció de la convocatòria pels socis.

La intenció evident dels contractants preval sobre les seves paraules (articles 1281 i 1282 Cc). Les clàusules dels contractes s'han d'interpretar en el sentit més adequat als seus efectes, les unes per les altres, atribuint a les dubtoses el sentit que resulti del conjunt de totes (1284 i 1285). Interpretant així la clàusula debatuda, es desprèn inequívocament que la referència a qualsevol altre mitjà de fefaència superior al certificat amb justificant de recepció, especialment la remissió per conducte notarial, està exigint la fefaència no només del mer enviament, sinó del procediment de comunicació de la convocatòria i, per tant, també de la recepció de l'anunci pels socis a què es refereix l'article 173-2 LSC.

R. 8 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1013)

Admet la inscripció de diverses clàusules estatutàries d'una societat limitada. En primer lloc, la que regula l'emissió del vot a distància anticipat a les juntes generals de socis i al consell d'administració, la qual cosa ja va ser admesa en resolucions anteriors de 25 i 26 d'abril de 2017, i de 19 de desembre de 2012, les quals van estendre aquesta possibilitat, només prevista legalment per a les anònimes (articles 182 i 189 LSC), entenent que no es tracta d'alguna cosa prohibida per a les limitades, respecte de les quals l'exigència legal és que, llevat de disposició contrària dels estatuts, la junta se celebri al terme municipal del domicili social (article 175 LSC); però, fixada una ubicació física per a la celebració de la junta que permeti l'assistència personal, s'ha d'entendre vàlida la clàusula estatutària que possibiliti l'assistència telemàtica o per videoconferència, sempre que garanteixi degudament la identitat del subjecte.

D'altra banda, també s'entén vàlida la clàusula que disposa que el president, després de declarar vàlidament constituïda la junta,

ha de determinar si aquesta pot entrar a la consideració de tots els assumptes inclosos en l'ordre del dia. La Direcció interpreta aquesta clàusula, no en el sentit que la formació de l'ordre del dia (que és competència de la junta segons l'article 159 LSC) es deixi a la mercè del president, sinó que ho fa en el sentit més adequat perquè produeixi efecte (article 1284 Cc), com referida a la facultat del president de determinar aquells assumptes que, tot i que figurin en l'ordre del dia, no hagin de ser objecte de consideració (assumpes que requereixin un quòrum determinat, aprovació de l'acta de junta quan intervé Notari).

És vàlida la clàusula per la qual el president sotmetrà a la junta l'autorització per a la presència en aquesta d'altres persones. La regla de l'article 181 LSC, que atorga al president la decisió sobre aquesta autorització (tot i que la junta pot revocar l'autorització concedida) té caràcter dispositiu.

També és vàlida, s'ajusta als termes literals de l'article 233-2-d LSC i té la suficient determinació la clàusula que admet, entre les modalitats de l'òrgan d'administració, les de: (c) dos administradors conjunts, que exerciran mancomunadament les facultats d'administració i representació; (d) entre dos i cinc administradors conjunts -segons que determini la junta-, que exerciran les facultats d'administració i representació de la societat actuant mancomunadament almenys dos qualsevol d'ells.

No és qüestió susceptible d'inscripció (i no hauria d'haver estat qualificada) la de si la dispensa concedida per tots els fundadors constituïts en junta a l'administrador per desenvolupar activitats de competència o conflicte permanent amb els interessos socials, és o no conforme amb l'article 230-3 LSC, que permet la dispensa de l'obligació de no competir mitjançant acord exprés i separat de la junta.

Ara bé, no obstant tot això d'abans, la inscripció es denega, perquè hi ha dos articles estatutaris que al·ludeixen als "accionistes", sense que hagi de ser el Registrador -com pretén el recurrent- qui substitueixi aquella paraula per la de "soci", en tractar-se d'una societat limitada.

R. 31 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1947)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords socials de junta d'una anònima recollits en acta notarial. Convocada la junta per acord del consell d'administració, es publica després un complement de convocatòria sol·licitat per un soci. No consta l'existència d'acord del consell d'administració que decideixi sobre el complement de convocatòria i sobre la presència de Notari.

La facultat de convocatòria de la junta està reservada en exclusiva, al marge de supòsits singulars, a l'òrgan d'administració (article 166 LSC) i, en el cas d'haver-hi consell, a aquest com a òrgan col·legiat. La validesa dels acords de la junta també està condicionada prèviament a la vàlida constitució de la mateixa junta, cosa que exigeix la convocatòria incloent l'ordre del dia (llevat que sigui junta universal). La manca de validesa de l'acord del consell per convocar la junta, o la seva absència, és causa d'invalidesa, tant de la convocatòria, com dels acords adoptats. Aquest monopoli de l'òrgan d'administració s'estén al supòsit en què hi hagi la sol·licitud de complement de convocatòria (previst per a les anòni-



mes en l'article 172 LSC). De la mateixa manera, correspon a l'òrgan d'administració decidir sobre la sol·licitud del soci minoritari de l'assistència del Notari a la junta. En tractar-se d'una obligació del consell vinculada a la convocatòria de la junta, és indelegable en el conseller delegat.

R. 12 febrer 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2490)

Denega la inscripció d'una escriptura per la qual s'eleva a públic, amb el vot favorable de dos dels tres socis que representen el 70% del capital social, els acords d'una de limitada relatiu a la reducció del capital a zero per pèrdues amb simultània ampliació d'aquest. Els estatuts estableixen que l'augment i reducció del capital, així com qualsevol altra modificació d'estatuts per a la qual no s'exigeixi majoria qualificada, requeriran el vot favorable de més del 70% del capital.

No es comparteix l'al·legació del recurrent que la majoria exigida pels estatuts implicaria que haurien de votar a favor els tres socis, cosa que suposaria exigir la unanimitat, prohibida per l'article 200 LSC. Els estatuts, sense desconèixer-ne l'origen i el caràcter contractual, tenen caràcter imperatiu i constitueixen la norma suprema de la societat. No es pot entendre aprovat un acord quan no compta amb el vot favorable de la majoria estatutària, sense que aquesta conclusió es vegi afectada per la situació fàctica en què pugui trobar-se la societat pel joc de les majories segons els socis que en cada moment siguin titulars de les seves participacions; i encara que tot això pugui conduir a la impossibilitat d'adoptar acords, situació de bloqueig que l'article 363-1-d LSC configura com a causa legal de dissolució.

R. 14 febrer 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2493)

Admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords de la junta d'una societat limitada el sistema d'administració de la qual és el de dos administradors mancomunats. En aquesta junta s'accepta la dimissió d'una de les administradores; i se'n nomena en el seu lloc una de nova, que és qui atorga l'escriptura qualificada per estar autoritzada per a això, segons resulta de la certificació de l'acord, que està signada per l'altre administrador, la nova administradora i la sortint, amb legitimació notarial de les signatures dels tres.

D'acord amb l'article 109-1-c RRM la facultat certificant és competència dels dos administradors mancomunats conjuntament, però cal tenir en compte que l'administradora compareixent està expressament facultada per a l'atorgament de l'escriptura qualificada, segons resulta dels acords de la junta en què va ser nomenada. Encara que no té el seu càrrec encara inscrit, els acords han estat certificats per tots dos administradors mancomunats i per la sortint, la firma de la qual està autenticada pel Notari, per a qual cosa són inscripcions sense necessitat d'acreditar la notificació que preveu l'article 111 RRM.

R. 31 maig 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8056)

En el seu dia es va atorgar escriptura d'elevació a públic d'acords socials sobre dissolució i liquidació de societat, la certificació de la qual contenia a més un altre acord –no elevat a públic– que facultava el liquidador per atorgar a favor d'altres persones a fi que compareguessin davant Notari i elevar a públic els dits acords.

La inscripció d'aquesta escriptura va ser denegada per altres defectes aliens al recurs, per a l'esmena dels quals s'atorga el títol ara qualificat: escriptura de rectificació atorgada per un tercer apoderat pel liquidador de conformitat amb l'acord social indicat abans.

La Direcció denega la inscripció. Tot i que el judici notarial de suficiència de facultats representatives diu que l'intervinent actua mitjançant l'esmentat acord social elevat a escriptura pública, la veritat és que, de l'escriptura rectificadora, no resulta ni que el liquidador hagués elevat a públic l'acord, ni que hagués atorgat efectivament els poders als quals aquest es refereix.

R. 30 maig 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8053)

Rebutja la inscripció dels acords socials (sobre dissolució i liquidació d'una limitada), adoptats amb insuficiència del quòrum estatutari de votació, en junta celebrada a ciutat diferent de la ciutat en què es troba el domicili social. La nul·litat de la junta i, per tant, dels seus acords no es discuteix. El recurrent sol·licita la inscripció argumentant que, resultant que la junta es va celebrar el 2016 –segons consta en la certificació dels acords–, ha transcorregut un any sense que s'hagin impugnat els acords, els quals han quedat garantits mitjançant la caducitat de l'acció d'impugnació.

Les circumstàncies que puguin determinar la caducitat de l'acció d'impugnació d'acords socials només pot ser apreciada pels tribunals. La determinació del "dies a quo", l'existència de lesió de l'interès social, d'abús de dret, la violació de l'ordre públic o l'eventual legitimació d'un tercer escapen a la competència del Registrador, perquè implica un judici de valor sobre una situació de fet aliena al contingut del procediment registral. L'òrgan d'administració tampoc no pot certificar més enllà de la seva pròpia competència, per la qual cosa la seva mera afirmació de no haver-se exercit acció d'impugnació no permet considerar-la caducada (article 205 LSC), perquè no exclou que pugui exercir o que hi hagi circumstàncies que ho permetin per causes alienes a les merament formals o procedimentals de constitució i desenvolupament de la junta (S TS 73, 14 febrer 2018).

PRESTACIONS ACCESSÒRIES

R. 24 gener 2018 (BOE 33, 6-II-18: 1585)

Denega la inscripció dels acords de junta d'una limitada, adoptats per socis que representen el 65% del capital, pels quals s'augmenta el capital creant una nova sèrie de participacions que porten amb si la prestació accessòria consistent en una prohibició de competència que dona dret a percebre un dividend del 80% del benefici comptable de la societat.

Aquesta modificació estatutària afecta els drets individuals de tots els socis, quant afecta el dret a participar en els guanys socials, de manera que exigeix el consentiment individual de tots els socis (article 93-a LSC). D'altra banda, l'anunci de convocatòria de la junta no té la deguda claredat, en ometre que es creen participacions amb dividend privilegiat, privant al soci de la informació necessària per exercir adequadament els seus drets. Tampoc s'expressa de forma concreta i determinada el contingut concret d'aquestes prestacions: no és clar com es calcularien els hipotètics beneficis dels seus titulars, quedant a l'arbitri de la junta de cada any.

PRIORITAT REGISTRAL

R. 14 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 146)

Un cop presentats un conjunt de documents al Registre Mercantil (sobre canvi de soci únic, nomenament d'administradors i modificació d'objecte), es pretén ara fer valer la nul·litat dels esmentats documents, impedir-ne la inscripció i inscriure'n d'altres de contradictoris.

La Direcció denega la segona pretensió i considera que s'han de despatxar en primer lloc els títols inicialment presentats. Certament és doctrina de la Direcció la qual matisa el principi de prioritat afirmant que el Registrador mercantil ha de tenir en compte en qualificar no solament els documents inicialment presentats, sinó també els autèntics i relacionats amb aquests, encara que hagin estat presentats després, per tal d'aconseguir més encert en la qualificació i evitar inscripcions inútils i ineficaces. Però també és cert que el contingut del Registre es presumeix exacte i vàlid; que està sota la salvaguarda dels tribunals fins que no se'n declari judicialment la inexactitud, i que la determinació de si un títol és o no autèntic correspon al jutge competent en un procediment que, a diferència del registral, és contradictori i amb admissió de prova. Per tot això, s'ha de considerar fonamentada la decisió del Registrador de rebutjar la inscripció del segon conjunt de documents presentats mentre el primer es trobi pendent de despatx o amb assentament vigent.

SOCIETAT PROFESSIONAL

R. 9 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1015)

Denega la inscripció d'acords socials d'una societat, que perviu com a societat ordinària, si bé el seu objecte està integrat per activitats compreses dins l'àmbit d'aplicació de la Llei 2/2007 (redacció de projectes d'arquitectura, enginyeria i urbanisme; assessorament d'empreses i persones físiques en la seva accepció més àmplia).

La societat es troba dissolta de ple dret i el seu full registral està tancat, per efecte de la transitòria primera de la Llei 2/2007. En ocasió de l'obligació d'adaptar les societats anònimes a les noves normes promulgades el 1989, la Direcció va elaborar una doctrina segons la qual, tot i la sanció de dissolució de ple dret imposada literalment a les societats que no s'adaptessin a termini, es podia produir la reactivació d'aquestes (article actual 370 LSC). Així, per poder inscriure el títol qualificat, cal reactivar la societat prèviament i adequar-la a l'ordenament jurídic; i només després es podran fer les modificacions que la seva junta general consideri oportunes.

SUCCESSIONS

DRET DE TRANSMISSIÓ

R. 22 gener 2018 (BOE 28, 31-I-18: 1321)

Denega la inscripció d'una escriptura de protocol·lització de quadern particional relativa a una herència, en la qual un dels hereus ha mort sense acceptar ni repudiar l'herència del causant, per la qual cosa es produeix el dret de transmissió a favor de dues filles seves. Per acreditar que les transmissàries són les hereves del trans-

missor, no n'hi ha prou d'haver aportat els certificats de defunció i la negativa d'últimes voluntats del transmissor, sinó que també cal aportar la seva declaració d'hereus abintestat, que és el títol successori (article 14 -1 LH).

Pel que fa a la forma d'aportació, la Direcció recorda la seva doctrina consolidada: a diferència del que passa amb el testament, a la declaració d'hereus el rellevant és la constatació dels fets dels quals deriva l'atribució legal de drets successoris; de manera que la constatació documental d'aquests detalls pot ser feta pel Notari, mitjançant una transcripció total o parcial d'aquests o bé mitjançant un testimoni en relació, els quals queden sota la fe pública notarial, satisfent així l'exigència de documentació autèntica per a la inscripció, sempre que resultin els elements imprescindibles per a la qualificació.

R. 22 gener 2018 (BOE 28, 31-I-18: 1323)

Denega la inscripció de l'escriptura d'herència de dos causants que moren sota testament en el qual nomenen hereus als seus dos fills, un dels quals mor amb posterioritat a tots dos causants, disposant al seu testament que institueix hereva a la seva filla i llege la llegítima estricta al seu altre fill. En l'escriptura d'herència la inscripció de la qual es debat, en la qual s'adjudiquen per meitats indivises els béns corresponents a les masses hereditàries dels causants, compareixen: el seu fill supervivent, per dret propi; i la neta hereva del fill mort, per dret de transmissió (article 1006 Cc).

Certament el *ius delationis* dels primers causants pertany –com a dret a acceptar o repudiar– correspon al fill que el sobreviu i, per designació de l'altre, a la neta que ara compareix. Ara bé, qualsevol operació particional d'una herència a la qual estigui cridat el transmetent ha de ser atorgada per tots els interessats en la seva successió, dins els quals s'han d'incloure els hereus i també els legítimaris, ja que la llegítima és una part dels béns de l'herència i funciona com una limitació o càrrega al nomenament hereditari.

R. 12 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4282)

Admet la inscripció d'una escriptura de partició atorgada per tots els interessats, a excepció de la filla d'un dels hereus, mort després del causant sense acceptar ni repudiar la seva herència. Aquest hereu mort havia instituït en el seu testament hereus a la seva esposa i un dels seus fills, llegant a la seva altra filla un determinat bé en pagament de la seva llegítima estricta. Havent renunciat a l'herència del primer causant els dos hereus del transmetent, es planteja ara si és necessària la intervenció de la filla d'aquest últim en aquesta herència.

Els transmissaris han exercit el seu *ius delationis* repudiant l'herència del primer causant, però acceptant la del transmissor. El *ius delationis* consisteix en una opció de caràcter personalíssim, el valor del qual s'ha de computar a l'efecte de determinar l'import de la llegítima del transmissor. Però això no suposa considerar en si com un bé de l'herència destinat també per tant al pagament de la llegítima; perquè, si és personalíssim i intransmissible, menys podria ser susceptible d'embargament o d'afecció real. Així, acceptada l'herència, el legítimari té acció personal d'hereu i acció real sobre els diferents béns que integren l'herència. Però, si –com en aquest cas– consta la repudiació de l'herència, funcionarà el dret



d'acréixer en favor de la resta d'hereus abintestat del primer causant, igual que passaria quan qui repudia l'herència tingui creditors, fins que no consti que –en efecte– van utilitzar la facultat prevista en l'article 1001 Cc en termes que inutilitzin o minvin el dret d'acréixer.

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6330)

Mort el primer causant, són declarats hereus abintestat els seus cinc fills. Una de les filles mor després sense haver acceptat ni repudiat l'herència, deixant al seu torn un sol fill, hereu abintestat d'aquesta, sense perjudici de la quota usufructuària del seu vidu. Ara la Direcció denega la inscripció de l'escriptura d'herència del primer causant per manca d'intervenció del vidu de la filla transmissent.

La Direcció recorda la seva doctrina assentada arran de la S TS 11 setembre 2013: el dret de transmissió de l'article 1.006 Cc no és una nova delació hereditària, ni fracciona el *ius delationis* de l'herència del causant, que manté la seva unitat orgànica i funcional. Els transmissaris, en acceptar l'herència del transmissent, succeeixen directament el causant (la del transmissor és una altra successió). La conseqüència que fins ara la Direcció extreia d'aquesta sentència era que, en l'herència del primer causant, no era necessària la intervenció del cònjuge del transmissent, sinó tan sols la dels transmissaris. Això no obstant, ara es matisa aquesta conseqüència.

L'única qüestió que l'esmentada sentència pretenia resoldre era que el comptador partidori hauria d'haver individualitzat la quota corresponent a cada transmissari en lloc de formar un únic lot corresponent al transmissor. El *ius delationis*, si bé s'exerceix de manera directa –sense passar per l'herència del transmissent–, només es pot referir a l'acte d'acceptar o de repudiar l'herència del primer causant, però no hauria d'afectar altres conseqüències ni vulnerar les lleis successòries. Encara que aquest dret consisteix en una opció del transmissari, la veritat és que té valor patrimonial, per la qual cosa ha de computar a l'efecte de determinar l'import de la llegítima del transmissor; i al cònjuge vidu se li reconeix la mateixa protecció que a la resta d'hereus forçosos, independentment que la llegítima s'hagi deferit per títol d'herència o llegat.

Aquest nou criteri de la Direcció ja es manifesta en resolucions recents. En el cas de la R. 12 març 2018 (infra.) Es va admetre la inscripció de l'herència del primer causant, fins i tot sense intervenció d'un dels fills del transmissor, a qui aquest havia llegat només la seva llegítima estrictament, perquè l'altre fill –hereu del transmissent– havia repudiat l'herència del seu avi. En canvi, a la R. 22 gener 2018 (infra.), en un supòsit similar, però on l'hereu del transmissent va acceptar l'herència del primer causant, es va denegar la inscripció, entenent que, certament el *ius delationis* correspon a l'hereu del transmissor; però qualsevol operació parcial d'una herència a la qual estigui designat el transmissent ha de ser atorgada per tots els interessats en la seva successió, dins dels quals s'han d'incloure, no solament els hereus, sinó també tots els legítims, ja que la llegítima és una part dels béns de l'herència i funciona com una limitació o càrrega al nomenament hereditari.

ESTRANGERS

R. 2 març 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3893)

El causant, de nacionalitat britànica i amb fills, havia atorgat testament a Espanya abans de la vigència del RS 650/2012, instituint hereva la seva dona. Mort després de l'entrada en vigor de l'esmentat Reglament, s'admet ara la inscripció de l'escriptura de la seva herència, atorgada davant Notari espanyol, en la qual l'esposa i hereva s'adjudica tots els béns.

La Llei aplicable a aquesta successió és la britànica. La Direcció considera que la clàusula testamentària d'institució d'hereu suposa de fet una *professio iuris*, fent una interpretació flexible de la seva disposició transitòria –article 83 RS. Si una disposició *mortis causa* es realitza abans de la vigència del Reglament (17 agost 2015) d'acord amb la Llei que el causant podria haver triat avui de conformitat amb el Reglament, es considerarà que aquesta Llei ha estat escollida com a aplicable a la successió. I així es pot entendre de la disposició a favor només de la seva esposa realitzada pel disposador, d'acord amb el tipus de freqüència dels testaments britànics, que permet entendre que es va produir la *professio iuris* a favor de la Llei nacional.

D'altra banda, no cal obtenir i aportar certificat de l'executor testamentari o administrador de l'herència que acrediti la qualitat d'hereu ("Grant of Probate" o "Letter of Administration"), que al seu torn derivaria d'un previ "Grant of representation", figura prevista en el Dret d'Anglaterra i Gal·les com una legitimació judicial a favor d'executor o administrador del cabal relict, que no obstant això, no sempre és necessària (en particular, no ho és quan l'actiu hereditari no aconsegueix cert valor, ni quan els béns passen directament al cònjuge o parella civil del difunt per ser propietats conjuntes entre tots dos del tipus "in joint names"). En el cas resolt, la "*lex rei sitae*", és a dir l'espanyola, és la que regeix els procediments per a la transmissió dels immobles; i el títol d'aquesta successió, a l'efecte de l'article 14 LH, és el testament.

R. 1 juny 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8478)

Admet la inscripció d'una escriptura de Notari espanyol en la qual es formalitzen les operacions de liquidació i adjudicació de l'herència d'un nacional suec, la successió del qual s'obre abans de la vigència del R UE 650/2012 i es regeix, per tant, per la Llei nacional del causant (article 9-8 Cc).

Es desestimen els tres defectes de la qualificació. Primer, es considera acreditat que l'inventari de béns relictos expedit per l'Agència Tributària de Kalmar és títol successori hàbil segons el Dret suec. Així resulta de l'article 637 del Codi de Successions Suec; i de l'article 60 de la Llei 29/2015 de cooperació jurídica internacional en matèria civil, del qual resulta l'habilitat d'aquest tipus de document com a títol successori a l'efecte de l'article 14 LH. Segon, es considera vàlida i eficaç l'acta de manifestacions atorgada per una de les filles del causant, davant Notari alemany, del qual resulta sens dubte el seu consentiment a l'adjudicació dels béns a Espanya a favor de les seves germanes, en donar-se per pagada amb béns a Suècia. Hi ha equivalència funcional amb un document similar davant Notari espanyol, a l'efecte de l'article 56 de la Llei 29/2015. En tercer lloc, tampoc no hi ha defecte en l'acta atorgada davant el Notari recurrent, en la qual, l'exdona del causant –divorciada en el moment de la defunció d'aquest– declara que no tenia cap titularitat sobre els béns objecte

d'inscripció. El Notari estableix prova completa de la seva possibilitat d'acord amb el Dret suec (article 230 Codi de Matrimonis del Regne de Suècia). A més, davant l'objecció registral de no constar si el caràcter privatiu deriva de l'adquisició o d'una liquidació posterior del règim conjugal, la Direcció entén que, essent la atorgant major d'edat i capaç, no cal anar més enllà de les seves mateixes manifestacions davant el Notari espanyol.

HERÈNCIA JACENT

R. 18 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 349)

Deneguen la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en procediment judicial d'execució hipotecària, seguit contra hereus ignorats del titular registral, sense constància de la forma en què s'hagin realitzat les notificacions als hereus indeterminats i sense haver estat nomenat defensor judicial de l'herència jacent.

Aquesta conclusió no es modifica pel fet –que tampoc podria tenir-se en compte per haver-se acreditat ja en fase de recurs– si hi hagués escriptura de renúncia de l'hereva del titular, en estar atorgada abans del començament del procediment d'execució, de manera que la persona suposadament nomenada a l'herència hauria desaparegut, ja abans de la demanda, del cercle d'interessos relatiu a la defensa del cabal hereditari. Seria diferent si la renúncia hagués estat posterior a l'inici del procediment i amb citació dels hereus nomenats a la successió, en aquest cas hauria quedat garantida la possibilitat d'intervenció en defensa de l'herència.

R. 19 desembre 2017 (BOE 9, 10-I-18: 354)

Denega la pràctica d'una anotació d'embargament sobre els drets que puguin correspondre al deutor en l'herència del seu pare, respecte d'un bé concret inscrit a nom d'aquest i la seva dona amb caràcter de guanys. És necessària l'aportació de tots els documents necessaris per a això i, en particular, del títol successori, que no pot ser altre que qualsevol dels enumerats en l'article 14-1 LH (testament o declaració d'hereus). L'anotació pretesa no es pot fer extensiva al dret d'altres possibles hereus, l'existència no queda exclosa amb la documentació presentada. Cal conèixer quin dret hereditari correspon al deutor, perquè només el seu dret podrà ser embargat.

R. 12 febrer 2018 (BOE 47, 22-II-18: 2491)

Publica, després d'haver esdevingut ferma, la S AP Àlava (1a) 14 juliol 2016, la qual va confirmar la S Jutjat 1a instància número dos Vitòria 2 març 2016, per la qual s'havia anul·lat la R. 22 octubre 2015 (BOE 277, 19-XI-15: 12498).

En la resolució anul·lada la Direcció va denegar la inscripció d'una sentència declarativa de domini dictada contra una herència jacent, per entendre que s'havia adreçat la demanda contra hereus indeterminats, sense apreciar en el supòsit concret la concurrència de cap excepció a la doctrina de la Direcció que, si no es coneixen hereus certs als quals adreçar la demanda, el que procedeix és demanar a l'administrador judicial nomenat a l'efecte.

R. 15 febrer 2018 (BOE 51, 27-II-18: 2732)

Denega la inscripció d'una sentència que declara adquirida una finca per usucapió, com a resultat de procediment ordinari seguit

contra el titular registral i els seus desconeguts hereus, sense nomenament i intervenció d'un defensor judicial de l'herència jacent. La crida als hereus desconeguts és genèrica i no consta la forma en què s'hagin produït les notificacions a aquests, ni s'ha dut a terme una investigació raonable sobre l'existència d'hereus testamentaris o legals.

R. 14 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4287)

Denega la pràctica d'una anotació d'embargament travat en procediment judicial seguit contra l'herència jacent d'una persona que, juntament amb el seu cònjuge, apareixen com a titulars de la finca en el Registre.

El procediment s'ha adreçat contra l'herència jacent, sense que resulti identificat cap possible hereu i sense que tampoc s'hagi nomenat defensor judicial d'aquesta. D'altra banda, atès que s'ha acreditat la mort del cònjuge de l'executat, cal que també siguin demandats els seus hereus perquè l'embargament sigui anotable (article 144-4 RH).

LLEGATS

R. 16 maig 2018 (BOE 131, 30-V-18: 7180)

La testadora va nomenar marmessor; va llegar determinada finca registral a quatre nebots; a més va nomenar hereu únic a un d'ells; finalment, va llegar a un altre la participació que li correspongués en diverses finques registrals, entre les quals s'inclou la mateixa que havia estat objecte del llegat anterior. Ara, caducat el càrrec del marmessor i sense haver estat acceptats ni lliurats els altres llegats, es debat la inscripció de l'escriptura per la qual el legatari, que és alhora hereu únic, s'adjudica la quarta part indivisa segons el primer llegat. Per al Registrador hi ha una clara contradicció entre les clàusules del testament, i exigeix que consenti el nebot que és legatari de les participacions indivises ressenyades en el segon llegat. La Direcció, però, admet la inscripció.

Es tracta de determinar quina és la voluntat de la testadora a través de la literalitat del testament (article 675 Cc). La interpretació testamentària correspon als hereus o, si és el cas al marmessor i, si no, a l'autoritat judicial. En aquest supòsit el càrrec del marmessor està caducat i, a més, l'hereu manifesta que des de la mort de la causant es va fer saber el seu nomenament al marmessor, sense que fes interpretació del testament. Per tant, la interpretació correspon a l'hereu, que té, a més, l'obligació de lliurar els llegats i complir en aquest punt la voluntat de la testadora. Per a la Direcció el que existeix és una simple imprecisió terminològica. Resulta convincent la interpretació del Notari autoritzant de l'escriptura, perquè és també qui va autoritzar el testament, cosa que n'afavoreix el coneixement del que va ser efectivament voluntat de la testadora (interpretació autèntica).

LLEGÍTIMA

R. 9 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1017)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic de contracte de compravenda, en la qual, mort el venedor, l'elevació és atorgada per la seva filla, designada en el seu testament hereva



universal, sense que comparegui l'altre fill, a qui li va atribuir només la llegítima estricta per títol de llegat.

És doctrina consolidada que en Dret comú la llegítima té la naturalesa de *pars bonorum*, d'aquí que s'imposi la intervenció necessària del legitimari en la partició, atès que l'inventari, l'avaluació i el càlcul de la llegítima són operacions de les quals depèn la intangibilitat d'aquesta. Per tant, s'ha de confirmar la qualificació que exigeix la concurrència del legitimari per poder elevar a públic el document privat de compravenda.

PARTICIÓ

R. 21 desembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 422)

Denega la inscripció d'una escriptura de liquidació de guanys i herència, en la qual la vídua està representada pel seu tutor que és un dels fills i hereus, perquè falta l'autorització judicial exigida per a la partició realitzada per tutor (articles 272 i 1060 Cc).

Aquest motiu de denegació és independent de l'al·legació dels recurrents que, pel poc valor del que s'adjudica a la vídua, no hi ha oposició d'interessos entre ella i el seu tutor (la qual cosa hauria obligat el nomenament d'un defensor judicial).

R. 11 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1022)

La testadora va nomenar comptador partididor amb les més àmplies facultats, incloent la de lliurar llegats, va instituir hereu dos fills i va llegar als altres tres fills les seves respectives llegítimes ordenant que els fossin pagades en diners metàl·lics.

Ara s'admet la inscripció de l'escriptura d'herència de la causant atorgada pel comptador partididor (i pels dos fills instituïts hereus que, com a tals, afegeixen dos béns a l'herència del marit de la causant). El comptador, en no haver-hi diners en l'herència, adjudica als legitimaris porcions indivises de finques de l'herència, la qual cosa els és notificat sense que consti que hagin realitzat cap al·legació.

En no haver-hi diners en l'actiu hereditari, no és obligatori per al comptador partididor ni els hereus fer forçosament el pagament de la llegítima en metàl·lic extrahereditari. Primer, perquè no estem en el cas d'adjudicació d'empresa familiar del paràgraf segon de l'article 1056 Cc. Segon, perquè, encara que no és clar si el que disposa la testadora va ser la facultat de pagament en metàl·lic de la llegítima de l'article 841 Cc, el cert és que no ha estat aquesta la via utilitzada pel comptador, en haver caducat els terminis previstos amb aquesta finalitat. El que s'ha fet és una partició de comptador partididor (1057) –que no requereix la intervenció dels legitimaris–, en la qual s'han adjudicat béns de l'herència en pagament de la llegítima, de conformitat amb la seva naturalesa de *pars bonorum*. Tercer, perquè el comptador partididor no ha estat autoritzat per vendre els béns de l'herència i obtenir diners amb què pagar als legitimaris (que, a més, en aquest cas, haurien d'haver consentit).

R. 29 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1940)

Admet la inscripció d'una partició d'herència de causants gallecs, realitzada mitjançant expedient notarial de nomenament de comptador partididor datiu segons els articles 1057-2 Cc i 66 i 50 LN.

La modificació legal efectuada en aquesta matèria per la Llei de jurisdicció voluntària pretén racionalitzar el nostre sistema processal mitjançant un procediment extrajudicial que, tot i que materialitzat a través de la modificació del Codi civil, té caràcter processal, per la qual cosa també poden accedir-hi les persones sotmeses a legislacions forals, que no tenen competència processal.

D'altra banda, el nou procediment del 1057-2 Cc és congruent i no contravé l'ordenament gallec: l'article 270-2 Llei 2/2006 de Dret civil de Galícia permet que la partició per comptador partididor pugui realitzar "en cualquiera de los casos admitidos por la ley"; l'article 1-3 declara que el dret estatal és supletori del gallec en el que no s'oposi als seus principis; a més, l'ordenament gallec no conté una reserva expressa en favor dels òrgans jurisdiccionals, com sí que hi ha en els Drets navarrès (Llei 344 CDCFN) i aragonès (article 450-4 CDFA), si bé la Direcció entén que aquests dos últims ordenaments forals també són compatibles amb el comptador partididor datiu del Codi civil.

Finalment, la partició per majoria regulada en Dret gallec (articles 295 i següents Llei 2/2006) és una particularitat foral de caràcter substantiu, que subsisteix i concorre amb la partició per comptador partididor datiu del 1057-2 Cc, la qual té la naturalesa processal esmentada de la Jurisdicció Voluntària.

R. 28 febrer 2018 (BOE 65, 15-III-18: 3650)

El testador va llegar als seus tres fills el terç de llegítima estricta, però disposant que als béns relictes s'haurien d'afegir les quantitats concretes que en vida va lliurar als seus fills, de manera que aquestes quantitats es restessin de l'haver de cada un; subsidiàriament llegir un bé a dos dels seus fills en pagament de la seva llegítima estricta; instituir hereva universal a la filla restant; i va nomenar comptadora partididora amb plenitud de facultats.

En el quadern particional –signat només per la comptadora– es fa constar que un dels legataris de llegítima estricta va rebre en metàl·lic per donació en vida del causant una quantitat superior a la del seu haver hereditari, de manera que no li correspon res més i, per tant, no se li adjudica el bé llegat subsidiàriament. Ara s'admet la inscripció de l'escriptura d'aquest quadern particional, la qual ha estat atorgada per la comptadora, la vídua i la filla hereva.

Malgrat la intervenció de la vídua i l'hereva, la partició de la comptadora manté el seu caràcter unilateral, que no s'altera per la compareixença d'algun dels hereus: la vídua intervé per liquidar els guanys; i l'hereva no té una altra intervenció que acceptar l'operat per la vídua en la liquidació i per la comptadora en la distribució de l'herència.

D'altra banda, la Direcció no comparteix que s'hagi transformat la llegítima d'un dels legataris en un dret de crèdit, la qual cosa suposaria un acte de disposició que excediria de les facultats de la comptadora, sinó que, en canvi, el que ha fet aquesta és seguir amb fidelitat les instruccions del testador, que només preveia l'adjudicació de l'immoble en pagament de llegítima de forma subsidiària. La línia que separa el particional del dispositiu no sempre és nítida, i la regla general de la proporcionalitat quantitativa i qualitativa dels lots de l'article 1061 Cc no implica igualtat absoluta, havent de passar per la partició mentre no sigui clarament con-

trària al que disposa el testador, sens perjudici de la seva possible impugnació pels interessats.

R. 16 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6153)

Publica la S ferma Jutjat 1a Instància número 4 de Burgos, 19 novembre 2014, que anul·la la resolució:

R. 29 gener 2013 (BOE 49, 26-II-13: 2143)

Rebutja la inscripció d'una escriptura de partició atorgada per un dels marmessors comptadors-partidors solidaris, nomenats amb "les més àmplies facultats, fins i tot la de lliurar llegats", per extralimitació del comptador, que prescindeix d'una legatària en interpretar incompleta per ella la condició que se li va imposar en el testament (assistir i acompanyar el testador fins al final dels seus dies). El comptador va notificar a la legatària per burofax la seva intenció de prescindir-ne en la partició; la legatària no va contestar.

Les competències del comptador se ceneixen a comptar i partir, realitzant els actes jurídics i materials necessaris per a això: divisions, segregacions, pagament d'excessos d'adjudicació si les finques no tinguessin fàcil divisió. Per això, no necessita el concurs d'hereus, legataris o legitimaris, encara que sí del vidu si calgués liquidar prèviament la societat conjugal. No pot realitzar actes que excedeixin la partició: commutar la legítima del vidu, realitzar filloles per al pagament de deutes, atribuir funcions privatives del testador, com revocació de disposicions o valoració dels supòsits de desheretament. Pel que fa aquest cas, tampoc no pot valorar si una legatària ha complert la condició que li imposa el testador, ja que això és una qüestió prèvia a la mateixa partició que solament es pot resoldre amb la conformitat de la interessada (expressada en escriptura pública i no per mer silenci davant la notificació per burofax) o amb resolució judicial. No es tracta d'interpretació d'una clàusula testamentària, sinó d'interpretar els fets determinants del compliment o no d'una condició.

RENÚNCIA

R. 1 juny 2018 (BOE 150, 21-VI-18: 8477)

La causant va morir intestada. Van ser declarats hereus abintestat els seus tres fills, que van renunciar a l'herència en document separat. Ara es denega la inscripció de l'escriptura d'herència de la causant, atorgada només pel vidu, que es declara únic hereu abintestat, entenent que la renúncia dels hereus va ser per ell i pel seu llinatge, excloent el dret de representació.

L'acta de notorietat de declaració d'hereus abintestat no és el títol que determina la vocació ni la delació, sinó que és un títol de caràcter formal i probatori de les circumstàncies que individualitzen el successor i acrediten la inexistència de testament. Es limita a declarar una delació ja deferida per la Llei. L'acta del supòsit no acredita totes les circumstàncies que han de concórrer perquè el vidu sigui nomenat hereu: no s'acredita l'existència o inexistència de descendents de grau ulterior, ni la mort prèvia dels ascendents. N'hi hauria prou una declaració de notorietat de les circumstàncies esmentades sense que sigui suficient la manifestació del vidu.

RETRACTE DE COHEREUS

R. 8 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1012)

Admet la inscripció d'una escriptura d'herència, sense necessitat que comparegui com atorgant d'aquesta una cohereva que va vendre els seus drets hereditaris a un tercer, cosa que va produir l'exercici del seu retracte per part dels altres cohereus.

La naturalesa del dret hereditari abans de l'acceptació de l'herència és la d'un dret personalíssim atribuït a l'hereu per adquirir l'herència mitjançant l'acceptació. Després de produïda aquesta, el dret hereditari és el que correspon a cada hereu sobre la universalitat dels béns i drets de l'herència.

S'entén que l'hereva del supòsit accepta l'herència des que va vendre el seu dret a un estrany (article 1000 Cc). I en conseqüència, va entrar en joc el dret de retracte de l'article 1067, que va ser exercit pels altres cohereus, que es van subrogar en lloc del comprador i per tant, en la posició de l'hereva.

SUBSTITUCIÓ

R. 15 desembre 2017 (BOE 4, 4-I-18: 147)

Es tracta d'una successió regida pel Dret aragonès. Al seu dia, uns pares van designar fiduciaris al seu testament. El 1978 va ser atorgada escriptura en la qual els fiduciaris van designar hereu un sol dels fills dels testadors, amb la substitució fideïcomissària condicional que, si l'hereu morís sense descendents i sense disposar de tots els béns, la resta passaria a dues de les seves germanes. En aquesta escriptura, l'hereu designat sota aquesta condició va acceptar l'herència dels seus pares. Ara es pretén la inscripció de l'escriptura d'herència de l'hereu, en la qual s'adjudiquen a les germanes fideïcomissàries, no només els béns fideïcomesos procedents de l'herència dels seus pares, sinó també una finca que ell havia adquirit per compra.

La Direcció ho denega. La fidúcia comprèn només els béns transmesos pels fideïcomitents. Tampoc no es pot acceptar que l'acceptació de l'hereu en l'escriptura en què els fiduciaris el designen com a tal suposi un pacte successori. Perquè una manifestació es pugui considerar disposició d'última voluntat –testamentària o contractual– que vinculi els béns de l'atorgant, cal una major claredat i determinació. En conseqüència, respecte dels béns aliens al fideïcomís, caldrà acreditar qui són els interessats en la successió del fill, d'acord amb els articles 14 LH i 76 RH.

R. 10 maig 2018 (BOE 130, 29-V-18: 7104)

La mare va morir sota un testament en el qual instituïa hereva la seva única filla, incapacitada judicialment, i respecte dels béns no disposats per ella –a través dels seus tutors– va nomenar substituïts exemplars a altres hereus. Aquesta única filla va morir amb posterioritat a la seva mare, havent atorgat un testament abans de la seva incapacitació, en què instituïa hereva la seva mare substituïda vulgarment per una tia carnal, qui també va premorir.

Ara es presenta l'escriptura on les herències de la mare i la filla s'adjudiquen a les persones que la mare havia instituït com a substituïts exemplars de la filla. El Registrador considera que la successió



de la filla no es regeix pel testament de la mare, sinó pel seu propi, procedint, en haver premort les seves hereves testamentàries, al nomenament dels seus hereus abintestat (article 1912 Cc). No obstant això, la Direcció admet la inscripció: certament, les disposicions successòries atorgades per una persona abans de la modificació judicial de la seva capacitat no poden ser alterades per la substitució exemplar ordenada per la seva ascendent (així s'infereix dels articles 776-2 i 664 Cc); però si la filla, quan encara era capaç, va instituir hereva la seva mare substituïda per una tia, i cap de les dues l'ha sobreviscut, s'ha d'entendre que a la mort de la testadora no existeix testament i és plenament eficaç la substitució exemplar ordenada per la mare.

Per la resta, la Direcció recapitula doctrina. La substitució exemplar –com la pupil·lar– constitueix una excepció del caràcter personalíssim del testament. Comprèn tot el patrimoni del substituït i no solament els béns deixats a aquest pel substituent (S TS 14 abril 2011).

R. 5 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8708)

La testadora va instituir hereves a les seves dues germanes per parts iguals, amb dret d'acréixer entre si en el cas de premo-riència i amb substitució vulgar en favor d'un nebot. Una de les germanes va morir amb posterioritat a la testadora, sense haver acceptat ni repudiat l'herència, deixant el seu testament en el qual nomenava hereva universal a la germana supervivent. Contra aquesta s'ha seguit un procediment administratiu de constrenyiment que ha conclòs amb l'adjudicació dels drets hereditaris que corresponen a la deutora sobre determinades finques inscrites a nom de la germana primerament morta, l'herència de la qual no consta que hagi estat partida ni acceptada per la deutora, si bé l'adjudicació es fa sobre la base que aquesta és propietària del 100% de la finca (50% com a hereva directa i 50% per efecte del *ius transmissionis*).

No obstant això, la Direcció rebutja la inscripció de l'adjudicació, perquè no resulta inequívocament que la constreta sigui l'hereva única de la titular registral. En no poder donar-se per acreditada la no-renúncia de l'herència de la titular registral per la cohereva morta en segon lloc, ni en conseqüència, la ineficàcia de la substitució vulgar ordenada en el testament d'aquella, no es pot acceptar la tesi que siguem en un supòsit d'hereu únic. Tampoc no sembla acceptar aquesta tesi l'Administració actuant, ja que el que embarga, subhasta i adjudica no són finques o quotes indivises concretes, sinó els drets hereditaris que puguin correspondre a l'embargada sobre determinades finques. Aquests drets no són susceptibles d'inscripció, sinó de mera anotació preventiva.

TRACTE SUCCESSIU

R. 20 desembre 2017 (BOE 11, 12-I-18: 417)

El títol qualificat és una escriptura de compravenda de quota en règim de propietat horitzontal que dona dret a l'ús i gaudi exclusius d'una certa plaça de garatge, a la qual s'afegeix que li correspon com annex un traster, que figura en la certificació cadastral incorporada, però no en el Registre. S'ha de suspendre la

inscripció de l'annex, ja que no consta prèviament inscrit a favor del transmissor (article 20 LH).

R. 29 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1939)

Denega la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament, ordenada en procediment civil, sobre finca inscrita a nom d'una societat diferent de la societat deutora. En concret, la societat deutora era l'anterior titular que ara ha aportat les finques a una ampliació de capital de la nova societat titular.

Les excepcions al principi de tracte successiu han de ser expresses. Així passa, per exemple, amb l'establerta en el paràgraf sisè de l'article 170 LGT, que permet obtenir anotació preventiva de prohibició de disposar sobre finques d'una societat sense necessitat que el procediment recaptatori s'adrexi contra ella. D'altra banda, l'últim paràgraf de l'article 20 LH permet anotacions d'embargament sobre béns inscrits a nom de qui no és l'imputat, però només en procediments penals on hi hagi indicis racionals que aquest últim és el veritable titular. Finalment, l'aplicació de la doctrina de l'aixecament del vel exigeix un pronunciament judicial previ sobre això, que en aquest supòsit no s'ha produït.

R. 30 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1942)

Recapitula doctrina consolidada. L'expedient de represa de tracte successiu interromput és un mitjà excepcional, que només procedeix quan hi ha veritable interrupció del tracte; és a dir, quan la inscripció d'una adquisició no es pot basar immediatament en el dret del titular registral. Així, no hi ha pròpiament interrupció i no procedeix l'expedient, entre altres casos, quan el promotor va adquirir de l'hereu únic o de tots els hereus del titular. No obstant això, la Direcció suavitza aquesta doctrina, i permet la inscripció de l'expedient quan el promotor no hagi adquirit de l'hereu únic o de tots els hereus del titular, i quan hi hagi una extraordinària dificultat per atorgar la documentació que permeti completar la cadena de titularitats.

Aplicant aquest últim criteri permissiu, en aquest supòsit s'admet la inscripció d'un acte judicial de represa de tracte, dictat en virtut de procediment iniciat abans de la vigència de la Llei 13/2015, els promotors del qual van adquirir dos terços per herència d'un sol dels hereus del titular, i l'altre terç per herència d'un germà dels mateixos promotors no formalitzada públicament. S'al·lega que els promotors no van adquirir de tots els hereus del titular registral; que és impossible localitzar els altres hereus, i que, tot i localitzant-los, el promotor no tindria acció directa davant els hereus que no li van transmetre.

Per la resta, l'escriptura pública no és l'únic mitjà per declarar obres noves, sinó que val també la interlocutòria d'expedient de domini que compleixi els requisits legals. En aquest cas, s'acompanya certificació cadastral descriptiva i gràfica de la qual resulta l'acabament de l'obra el 1890 i la seva descripció coincident amb el títol, per la qual cosa es pot fer la inscripció a l'empara de l'article 28-4 LS.

R. 12 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4283)

Denega la inscripció d'una escriptura d'herència, pel que fa a una setzena part indivisa de finca, ja que aquesta figura inscrita a nom d'una altra persona. La documentació aportada no reuneix els

requisits que permeten rectificar un assentament sota la salvaguarda dels tribunals, als quals s'haurà d'acudir, llevat de consentiment de tots els titulars registrals d'aquesta participació indivisa.

R. 22 març 2018 (BOE 84, 6-IV-18: 4710)

Suspèn la inscripció d'un testimoniatge d'acte judicial dictat en procediment de represa de tracte interromput tramitat d'acord amb la normativa anterior a la Llei 13/2015. La inscripció té més de 30 anys i un dels cònjuges titulars registrals ha mort, segons s'acredita amb certificat de defunció.

L'aleshores vigent article 202 LH establí que els expedients de represa de tracte eren inscriptibles, encara que en el Registre apareguessin inscripcions contradictòries, sempre que aquestes tinguessin més de 30 anys d'antiguitat i el titular d'aquestes hagi estat citat "degudament" sense haver formulat oposició. Aquesta exigència no es pot entendre complerta amb una citació genèrica, com la del supòsit, adreçada a "totes les persones ignorades a les quals pogués perjudicar la inscripció". A més, el temps transcorregut (des de 1949) encara no permet evidenciar la mort de l'altra cotitular, la mort de la qual no es justifica mitjançant certificació del Registre Civil.

D'altra banda, no constitueix defecte que impedeixi la inscripció l'omissió de la publicació en diaris de més circulació a què es referia l'article 201-3a paràgraf segon LH, ja que no constituïa tràmit essencial del procediment. En l'expedient de represa de tracte, el tràmit essencial –que la qualificació impugnada dona per complet– és la citació personal i la no-oposició del titular registral.

R. 4 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5029)

Suspèn la inscripció d'un testimoniatge de decret d'adjudicació mitjançant subhasta en procediment d'execució de sentència declarativa de dissolució de comunitat. No consta la intervenció en el procediment d'un dels titulars registrals. Quant a l'altre cotitular, s'estima el recurs i es revoca la qualificació perquè, si bé tampoc ha estat demandat, consta la seva intervenció en el procés com a part actora.

R. 19 abril 2018 (BOE 111, 8-V-18: 6159)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'herència, en la qual s'inventaria i s'adjudica una meitat indivisa de finca, perquè aquesta consta inscrit a nom d'una persona diferent del causant.

R. 24 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6324)

Suspèn la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament, quant al cinquanta per cent de dues finques, perquè consten inscrites a nom del propi demandant. És necessària la prèvia inscripció d'aquesta quota a favor de la demandada, sense que a aquest efecte sigui títol adequat el document privat que s'aporta. Tampoc no procedeix prendre anotació preventiva de suspensió, perquè el domini de la demandada al·legat porta causa de persona diferent del titular registral (article 629-2 LEC).

R. 25 abril 2018 (BOE 115, 11-V-18: 6333)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda en la qual els venedors manifesten que la finca els pertany com a únics hereus

d'un dels titulars registrals, que al seu torn va ser hereu de la seva esposa –l'altra titular registralment.

La Registradora suspèn la inscripció per manca de tracte successiu, en no haver tingut accés al Registre els títols intermedis. No obstant això, la Direcció entén aplicable la regla de l'últim paràgraf de l'article 20 LH: quan en una partició verificada després de la mort d'algun hereu, s'adjudiquin als que ho siguin d'aquest els béns que al mateix corresponien, s'ha de fer la inscripció a favor dels adjudicataris, fent constar les transmissions realitzades. Aquest paràgraf es refereix al dret de transmissió de l'article 1006 Cc. En conseqüència, queda justificat el tracte abreujat sense necessitat de l'atorgament de cap altra escriptura.

R. 9 maig 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6878)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda atorgada el 1980, per la qual es venen unes quotes indivises de diverses finques, perquè el domini actualment es troba inscrit a nom d'una persona diferent del transmissor, per haver accedit al Registre altres vendes.

R. 30 maig 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8054)

Consta inscrita una finca a nom de quatre persones físiques. Ara es denega la inscripció en el Registre de la Propietat d'una escriptura –prèviament inscrita al Registre Mercantil– de transformació de societat civil a limitada, en el seu actiu s'inclou la finca, la qual es pretén que s'inscrigui a nom de la societat limitada. El principi de tracte successiu exigeix per poder efectuar la inscripció sol·licitada que s'aporti i s'inscrigui en el Registre de la Propietat el títol d'adquisició de la finca per la societat que es transforma.

R. 31 maig 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8055)

És continuació del mateix supòsit que va donar lloc a la R. 3 novembre 2017 (BOE 290, 29-XI-17: 13878). S'hi declara la nul·litat d'una escriptura pública en un procediment judicial, es va denegar la cancel·lació dels drets posteriors, els titulars no havien estat part ni havien estat citats en el procediment. En el seu moment s'havien pres anotacions preventives de demanda de nul·litat, però aquestes es trobaven caducades, i és doctrina consolidada que la cancel·lació de les anotacions preventives opera *ipso iure*, sense que tinguin des de llavors qualsevol efecte jurídic i particularment, de la prioritat.

Ara però, s'admet la inscripció del mateix títol, el qual es presenta en aquesta ocasió acompanyat d'un manament que transcriu una diligència de l'ordenació en la qual es fa constar que han estat notificats tots els titulars dels drets posteriors sense presentació d'al·legació per part seva, de manera que ja no hi ha indefensió d'aquests.

TRANSACCIÓ I CONCILIACIÓ

R. 31 gener 2018 (BOE 39, 13-II-18: 1945)

Admet la tramitació d'un procediment de conciliació davant el Registrador de l'article 103-bis LH (en la seva redacció resultant de la Llei 15/2015 de jurisdicció voluntària), l'objecte de la qual és la restitució d'una porció de terreny reclamada pel sol·licitant, titular d'una finca registral, als titulars d'una altra finca registral adjacent, així com una indemnització pels perjudicis causats per l'ocupació del terreny.



L'assumpte es troba dins la competència territorial i funcional d'aquest Registrador, perquè les finques corresponen al seu Registre i som davant una controvèrsia immobiliària, i no és rellevant que la pretensió sigui o no inscriptible en si mateixa, ja que l'article 103-bis declara sotmetibles a conciliació les controvèrsies immobiliàries o (disjuntiva) que versin sobre actes inscriptibles.

Finalment, es desestimen també els altres defectes de la qualificació, referits a la manca de liquidació de l'impost, a la necessitat que els documents aportats ho siguin en original i no en fotocòpia, i a la necessitat que les dades identificatives de les parts estiguin completes. En el moment de sol·licitar la conciliació no són exigibles els requisits propis de la inscripció, sinó els dels articles 14 i 141 LJV (a manca de regulació específica en l'article 103-bis LH), que en aquest cas es compleixen, excepte pel que fa al NIF dels requerits, el qual, no obstant això, en tractar-se de finques inscrites, consten en la certificació registral que s'acompanya.

R. 20 febrer 2018 (BOE 58, 7-III-18: 3195)

Denega la inscripció d'un acte judicial que homologa un acord transaccional en el qual les parts reconeixen la preexistència d'una servitud.

L'acord transaccional té naturalesa de document privat, que no canvia pel fet d'estar homologat judicialment. D'altra banda, la servitud no està prou delimitada a l'efecte dels articles 9 LH i 51 RH, pel que fa a la seva extensió, límits i altres característiques configuradores.

R. 7 març 2018 (BOE 75, 27-III-18: 4279)

Suspèn la immatriculació d'una finca, que es pretén en virtut de testimoniatge d'acte aprovatori d'avinença aconseguida en procediment de conciliació instat davant el jutge de pau (article 140 LJV), sent el títol material d'adquisició la usucapció extraordinària guanyada per una de les parts davant la comunitat hereditària en la representació de la qual diu actuar l'altre atorgant.

Estem en presència d'un mer reconeixement de domini i no d'una veritable transmissió amb expressió de la seva causa. Sens dubte, en general, la usucapció en si és un títol d'adquisició amb causa, que és la prescripció guanyada; però en aquest cas no hi ha un pronunciament judicial de fons sobre la realitat de la usucapció, sinó una conciliació el caràcter és contractual.

Hi ha altres defectes. És doctrina consolidada que la transacció i la conciliació tenen naturalesa privada, per la qual cosa, encara que hagin estat homologades judicialment, no arriba a la condició de títol inscriptible d'acord amb l'article 3 LH. A més falta l'expressió dels límits de la finca, que és una de les circumstàncies descriptives essencials a efectes d'inscripció (article 9 LH). Finalment, no està prou acreditada la legitimació passiva de l'herència jacent, atès que qui diu actuar en nom seu, no aporta cap document que acrediti la seva qualitat d'administrador.

R. 30 maig 2018 (BOE 145, 15-VI-18: 8052)

Denega la inscripció d'un acte judicial que homologa el transaccional aconseguit per diversos germans copropietaris d'una finca, respecte de la dissolució del condomini.

L'acord transaccional té naturalesa de document privat, que no canvia pel fet d'estar homologat judicialment, en aquest cas serà títol que porta aparellada execució, de manera que, si les parts no atorguen voluntàriament escriptura, el procedent serà que qualsevol d'elles sol·liciti l'execució segons els articles 705 i següents LEC. Certament és també doctrina consolidada la que permet inscriure l'acord transaccional quan el seu objecte sigui el propi d'un conveni regulador (article 90 Cc) i resulti de la documentació presentada la connexió de l'acord amb una situació de crisi matrimonial. No obstant això, el supòsit qualificat no té res a veure amb aquesta excepció.

R. 29 maig 2018 (BOE 147, 18-VI-18: 8145)

Es va aconseguir un acord transaccional homologat judicialment en un procediment iniciat per un germà que reclamava la seva legítima a l'altre, el qual figurava com a titular registral de les finques. La interlocutòria que homologava la transacció va ser objecte de protocol·lització notarial a instàncies només de l'actor. Ara es pretén la inscripció de l'acta notarial de protocol.

La Direcció ho denega i exigeix el consentiment de l'altre germà, el qual a més figura com a titular registral de les finques. No som davant una decisió judicial sobre el fons de l'assumpte resolt en un procediment ordinari, sinó davant una transacció, l'homologació de la qual pel jutge no altera la seva naturalesa privada, sinó que es limita a acreditar l'existència de l'acord. Sens dubte l'article 213 RN admet que la protocol·lització dels expedients judicials es faci a requeriment de qualsevol persona que lliuri l'expedient juntament amb l'acte judicial que ordena la protocol·lització. Però això serveix només per a la incorporació de l'acte al protocol. Si es pretén la inscripció de la transacció en el Registre de la Propietat, és necessari que es transformi en document públic que reculli el consentiment de totes les parts.

R. 6 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8709)

Denega la inscripció d'un acord transaccional homologat judicialment aconseguit en un procediment ordinari d'extinció de comunitat entre dos excònjuges actualment divorciats.

És doctrina consolidada que l'acord transaccional té naturalesa de document privat, que no canvia pel fet d'estar homologat judicialment. La transacció resulta inscriptible quan el seu objecte sigui el propi d'un conveni regulador de separació, nul·litat o divorci (articles 769 i següents LEC), però no ho és -i cal escriptura pública- en el cas de procediment per a la liquidació del règim econòmic conjugal (articles 806 i següents). En el supòsit resolt no consta la connexió amb la situació de crisi matrimonial.

TUTELA

R. 5 març 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3894)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda atorgada el 2017, en la qual diversos dels venedors estan sotmesos a pàtria potestat, un altre es troba judicialment incapacitat i sotmès a la tutela d'una fundació privada, i un altre està representat per l'organisme competent de la comunitat autònoma que al seu dia va assumir funcions tutelars, per tractar-se d'un menor que es trobava en situació de desemparament, i que disposa la mesura

d'acolliment. S'aporten testimonis de dues resolucions judicials: una de 2013 que autoritza la venda en nom dels sotmesos a pàtria potestat i de l'incapacitat sotmès a la tutela de la fundació; i una altra, de 2008, que autoritza la venda en nom del menor en acolliment.

Independentment de la data de l'escriptura, la tramitació de l'expedient judicial d'autorització és anterior a la LJV-2015, de manera que resulta aplicable al cas l'aleshores vigent article 2015 LEC-1881, segons el qual l'autorització judicial per vendre béns del tutelat es concedeix en tot cas sota la condició que la venda sigui en pública subhasta, tràmit que no s'ha produït en aquest cas. No obstant això, la Direcció considera implícita l'autorització per a la venda directa en les resolucions judicials aportades, perquè el precepte esmentat exclouia de la necessitat de subhasta la vendes fetes per pare o mare amb pàtria potestat, que és el que passa amb alguns dels venedors representats, de manera que donar un tractament diferenciat a persones que estan en la mateixa situació violaria drets com la tutela judicial efectiva i la igualtat de tracte.

D'altra banda, és cert que han transcorregut diversos anys entre l'autorització judicial i la compravenda, i que ha pogut variar en aquest temps el valor del bé; però la veritat és que ni el mateix acte ni cap norma imposen un terme per a la venda, per la qual cosa tampoc no pot fer-ho la Registradora.

Finalment, també es rebutja el criteri de la Registradora de que les funcions tutelars assumides per la comunitat autònoma respecte de menors en desemparament no són una veritable tutela mentre no es constitueixi per sentència i s'inscriu en el Registre Civil. La veritat és que aquestes funcions comprenen les mateixes facultats que la tutela ordinària, com estableix el vigent article 228-3-1 Codi civil de Catalunya (Llei 25/2010); i com també es derivava de l'article 3 Llei 37/1991 sobre protecció de menors desemparats i Adopció, norma que regia en el moment de emetre la interlocutòria de 2008.

R. 23 març 2018 (BOE 84, 23-III-18: 4712)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda atorgada davant Notari espanyol. El venedor és un ciutadà alemany, resident a Alemanya i incapacitat judicialment, el tutor del qual va atorgar davant Notari alemany un poder per a aquesta venda a la persona que compareix en representació de la part venedora.

Com que no hi instrument de Dret europeu ni Conveni aplicable a Espanya, la norma de conflicte és la de l'article 9-6 Cc, que remet a la Llei de la residència habitual –en aquest cas l'alemanya– com aplicable a la protecció de l'incapaç. L'acreditació del Dret estranger podrà realitzar-se pels mitjans de l'article 36 RH.

En el cas resolt, el Notari espanyol no realitza judici ni valoració sobre la capacitat necessària per a l'acte escripturat. Tampoc no hi ha una ressenya adequada de l'objecte dels documents judicials alemanys exhibits al Notari per acreditar que l'alienació d'un immoble (que d'acord amb la legislació espanyola hauria exigít autorització judicial) compleix les exigències de protecció del tutelat imposades per la llei de la seva residència habitual.

UNIÓ DE FET

R. 11 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8714)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda a favor dels integrants d'una parella de fet, amb caràcter privatiu i per meitats indivises, tenint en compte que, en inscriure en el Registre de Parelles de fet del Govern Basc, van acordar sotmetre's al règim de guanys del Codi civil. La Registradora denega la inscripció perquè, en considerar aplicable per pacte el règim de guanys, exigeix l'expressió d'una causa que justifiqui la no-aplicació del principi de subrogació real en virtut del qual els béns serien guanys.

No obstant això, la Direcció es remet a la doctrina de la R. 7 febrer 2013. No està regulada en les lleis una aplicació genèrica i en bloc de l'estatut de guanys al règim de convivència, fins i tot quan hagi estat objecte d'un pacte exprés de remissió, pels motius següents: impossibilitat de crear una societat de guanys sense matrimoni; falta de publicitat d'aquesta davant tercers; els règims economico-matrimonials només es poden establir a través de capitulacions matrimonials. El Registre de Parelles de fet és administratiu i, per tant, els pactes del document inscripcionable en ell no perjudicaran tercers.

Per tant, no es pot aplicar a l'adquisició pels membres d'una parella de fet el règim de la societat de guanys, tot i haver estat pactat expressament. Això no obsta perquè els convivents puguin pactar que es facin comuns els béns adquirits durant la convivència, però això s'ha de fer mitjançant figures com la societat particular, universal o la comunitat de béns, sent aquesta darrera la fórmula utilitzada en l'escriptura qualificada.

URBANISME

R. 10 gener 2018 (BOE 23, 26-I-18: 1018)

Denega la conversió en definitiva de la quota provisional de despeses d'urbanització sobre diverses finques. El títol es va presentar uns dies abans que finalitzés el termini de 7 anys de caducitat de l'afecció, però la qualificació té lloc un cop caducada.

La constància de l'elevació a definitiva del compte provisional de liquidació no comporta ni l'extensió d'una nova afecció, ni la pròrroga de l'existent, ni la conversió en afecció indefinida (al contrari, la data de la conversió pot servir fins i tot per escurçar el termini de vigència de l'afecció, la qual, a partir d'aquest moment, tindrà una durada de dos anys, sigui quin sigui el termini ja transcorregut i sempre amb el límit dels 7 anys).

R. 2 abril 2018 (BOE 90, 13-IV-18: 5025)

Suspèn la inscripció d'un acord administratiu de revisió d'ofici d'un projecte de reparcel·lació, que afecta només la titularitat d'una de les finques resultants. Cal el consentiment del titular registral, i dels titulars de dos embargaments posteriors.

La finca en qüestió va ser adjudicada en la reparcel·lació a una societat amb participació municipal, al capital social del qual l'Ajuntament havia aportat diverses de les finques d'origen. No



obstant això, ara l'Ajuntament –amb el dictamen favorable del Consell Consultiu d'Andalusia– ha revisat d'ofici el Pla Parcial i el projecte de reparcel·lació, entenent nul·la l'adjudicació de la finca a la societat en correspondència a les finques d'origen inscrites al seu nom, de manera que va haver de ser atribuïda *ex lege* a l'Ajuntament per títol de cessió obligatòria com a equipament públic comunitari demanial.

És doctrina de la Direcció que els projectes de reparcel·lació només es poden modificar mitjançant operacions jurídiques complementàries quan aquestes no s'oposin a l'instrument de reparcel·lació originari; ja que, en el cas contrari, s'hauran de tramitar com a veritables modificacions d'aquest (S TS 13 novembre 2002).

En aquest cas, es pretén que la nul·litat del títol impliqui la de l'assentament, el qual ha creat una aparença jurídica de titularitat motivadora de dues anotacions d'embargament per deutes de la titular inscrita. Per això s'ha d'afirmar la improcedència del procediment administratiu tramitat per desvirtuar l'eficàcia legitimadora de l'assentament, la rectificació requereix ajustar-se als requisits de la Llei hipotecària per esmenar la inexactitud registral procedent de la nul·litat del títol (article 40-d LH): consentiment del titular o, si no, resolució judicial. I la cessió obligatòria tampoc no es produiria automàticament, ja que els instruments urbanístics pateixen de nul·litat pel que fa a aquesta finca i no produeixen cap efecte si no es tramita una modificació del projecte de reparcel·lació, prèvia la del Pla Parcial, amb les mateixes garanties que la seva aprovació original.

R. 11 juny 2018 (BOE 153, 25-VI-18: 8 717)

La R. 30 maig 2009 (BOE 145, 16-VI-09: 10014) va admetre l'anotació d'embargament sobre l'excés d'edificabilitat d'una finca constituïda en propietat horitzontal, existint certificació municipal que acreditava i delimitava, tant el volum edificable que va ser objecte de projecte i llicència, com l'excés d'edificabilitat a què encara es tenia dret. El promotor es va reservar en els estatuts l'excés d'edificabilitat, encara que no va arribar a inscriure la dita reserva.

Practicat l'embargament sobre el sobrant d'edificabilitat en virtut de la resolució esmentada, es fa la subhasta i es presenta el decret d'adjudicació, la inscripció és denegada per la present R. 11 juny 2018, ja que s'han inclòs en la subhasta i l'adjudicació uns trasters sota rasant als quals no s'estenia l'embargament. Per a la Direcció, el sobrant d'edificabilitat embargat –únic susceptible de subhasta i d'adjudicació–, era el resultat de l'informe de l'Oficina Tècnica Municipal de 2008, concretat en 462 metres quadrats pendents de consumir, menys 161 metres edificats després sense llicència pendents de legalització, però no els metres destinats a trasters en soterrani, que no consumeixen edificabilitat en no computar a l'efecte de la superfície de sostre màxim edificable. A més, en el moment de presentar-se l'adjudicació, l'anotació d'embargament es troba caducada, sense que s'hagués arribat a inscriure la reserva estatutària de drets sobre l'edificabilitat futura a favor del promotor, i hi ha tercers adquirents d'habitatges que no han estat part en el procediment d'execució (article 20 LH). En la propietat horitzontal, és element comú tot el que no es configura com a privatiu.

Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notari del Masnou

HERÈNCIA JACENT

Si només un dels hereus a favor dels quals s'ha deferit l'herència l'ha acceptat, aquesta deixa d'estar en situació de jacència i pot entregar un llegat per si sol sense necessitat de cap altre requisit.

RESOLUCIÓ JUS/6/2018, de 8 de gener (DOGC 16.01.2018)

RESUM.- En escriptura autoritzada l'any 2017, un dels tres hereus instituïts en el testament del causant que va morir l'any 2015, fa entrega d'un llegat d'un local comercial i del negoci que regentava el causant, llegat que havia estat ordenat «amb facultat de disposició». Del testament i de l'escriptura d'acceptació d'herència, atorgada únicament per l'hereva que fa entrega del llegat, es desprèn que el causant, divorciat, estava unit en relació estable de parella amb la legatària i que tenien un filla (la que fa entrega del llegat a la seva mare), com també dos fills d'una altra persona.

El registrador de la propietat suspèn la inscripció de l'escriptura d'entrega del llegat sobre la base que, si es considera que només ha acceptat un dels hereus, no s'acredita la falta d'acceptació dels restants, i que si la falta d'acceptació no s'ha produït realment, se'ls hauria de notificar la voluntat de realitzar l'entrega del llegat. El raonament del registrador és el següent: l'art. 411-9.4, permet a l'hereu que accepta l'herència fer el lliurament dels llegats mentre els altres hereus no han acceptat; aquest fet els pot perjudicar greument i, per tant, s'hauria de provar la falta d'acceptació; no obstant això, com que és difícil acreditar un fet negatiu s'exigeix, almenys, la notificació prèvia als altres hereus.

La DGDEJ revoca la nota de qualificació. El principal argument es basa en la interpretació literal de l'art. 411-9.4 que, mentre la totalitat dels hereus no hagin acceptat, faculta l'hereu o hereus que han acceptat, sota la seva responsabilitat, per poder pagar els deutes de l'herència i les càrregues hereditàries, satisfer les llegendes i complir els llegats. El legislador no estableix «cap altre requisit. El fet que es pugui considerar que el legislador hauria hagut d'establir cauteles no autoritza el registrador a establir-les ell exigint el compliment de requisits que la llei no preveu.» (FD 1.3). A més, aquesta facultat de complir els llegats és una novetat introduïda per la Llei 10/2008.

D'altra banda, en els llegats d'eficàcia real com aquest cas el legatari adquireix per la delació la propietat de la cosa llegada de ple dret, delació que és eficaç independentment que la persona gravada amb el llegat accepti o no l'herència (arts. 427-14, 427-15 i 427-16.1). No obstant, això no faculta el legatari per prendre possessió de l'objecte llegat per si mateix, tret dels casos previstos per la llei, ampliat per al cas del prellegat per la Llei 10/2008, d'acord amb la reforma de l'art. 411-9.4. Entre aquests casos en què el legatari pot prendre possessió per si mateix de la cosa llegada, hi ha el supòsit que el causant l'hagi autoritzat expressament, que segons la DG, es podria considerar aplicable a aquest cas, en el qual el testador va atribuir a la legatària la «facultat de disposició», expressió que, per tenir algun sentit, s'hauria d'interpretar com «facultat per prendre possessió de la cosa llegada», que és perfectament congruent amb les circumstàncies fàctiques del cas.

Un cop resolt el recurs, la DG posa de manifest que, anteriorment a l'escriptura qualificada, se'n va atorgar una altra en la qual



la legatària prenia possessió per ella mateixa de l'objecte del llegat, que va ser qualificada negativament, recorreguda i ratificada per la DGRN un cop resol el recurs contra la nota de qualificació. La DGDEJ expressa la seva sorpresa (i la seva adversitat) perquè va tenir coneixement de la resolució d'aquest recurs a través del BOE i, especialment, perquè la DGRN va resoldre quan era incompetent, citant fins a un total de 12 normes del CCCat, quan només una és suficient per al·legar-ne la incompetència a favor de la DGDEJ, d'acord amb l'art. 1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, confirmat per la STC 4/2014, de 16 de gener.

COMENTARI.- En la qüestió competencial per resoldre el recurs no hi ha gaire per comentar. La RDGRN s'atribueix la competència sobre el cas (i el resol) en la Resolució de 9 de juny de 2017 sobre la base de l'art. 1 de la Llei 5/2009, que cita incorrectament. Aquest precepte estableix que la competència correspon a la DGDEJ «sempre que les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin, de manera exclusiva o juntament amb altres motius, en normes del dret català o en llur infracció», mentre que la DGRN cita literalment el precepte ometent l'expressió «o juntament amb altres motius». Precisament aquesta expressió va ser objecte d'un recurs d'inconstitucionalitat davant del TC que, en la sentència de 16 de gener de 2014, va resoldre a favor de la seva constitucionalitat.

En relació amb el fons de l'assumpte, és clar que l'art. 411-9.4 autoritza l'únic hereu que ha acceptat l'herència per fer l'entrega del llegat. El que no diu aquest precepte és com el notari i el registrador poden tenir coneixement que ens trobem davant d'aquest supòsit, és a dir, que només han acceptat l'herència un o alguns dels hereus a favor dels quals s'ha deferit l'herència, en els casos que no és possible acreditar que els altres hereus no hagin acceptat, ja que fins i tot ho poden fer tàcitament. Per això, pot ser raonable exigir, almenys, una notificació als altres hereus cridats a l'herència, en la qual es faci constar que l'hereu que hagi acceptat desconeix si els altres han acceptat i que es disposa a fer l'entrega del llegat si en un termini prudencial no acrediten haver acceptat o manifesten que accepten l'herència. No obstant això, el Notari i el Registrador també han de tenir en compte les circumstàncies de cada cas i que en aquest cas, com estableix la DGDEJ, el llegat que es vol lliurar té eficàcia real i de cosa pròpia del causant i, per tant, que el perjudici que poden patir els altres cridats a l'herència és mínim, cosa que, considerant les altres circumstàncies que concorren en aquest supòsit, poden justificar una aplicació menys formalista de la norma.

DRET INTERNACIONAL PRIVAT

L'extinció d'una parella estable constituïda sota la Llei francesa requereix l'acreditació del dret francès per comprovar el compliment dels requisits que la dita legislació estableix. Aquesta consideració impedeix inscriure la cancel·lació d'un pacte de supervivència com a conseqüència de l'extinció de la parella estable.

RESOLUCIÓ JUS / 126/2018, de 24 de gener (DOGC 07.02.2018)

RESUM.- El 2012 una parella estable de nacionalitat francesa i amb residència a França va adquirir un immoble a Catalunya amb pacte de supervivència. L'any 2016, un dels membres de la

parella, atorga una escriptura de finalització de parella de fet i extinció del pacte de supervivència per haver cessat la convivència, i requereix al notari autoritzant per notificar-ho a l'altre membre de la parella i manifesta que, en concedir l'escriptura de compra, va oblidar manifestar que també tenia la nacionalitat espanyola i el veïnatge civil català.

El registrador de la propietat demana el consentiment de l'altre titular o l'acreditació que la legislació francesa admet l'extinció del pacte de supervivència per la voluntat unilateral d'un dels participants. El Notari autoritzant recorre la nota de qualificació al·legant l'aplicació del CCCat (en concret l'art. 234-4, que permet l'extinció de la parella estable per voluntat d'un dels convivents notificant-ho fefahentment a l'altre), atès que la persona que es presenta era també de nacionalitat espanyola i veïnatge civil català en el moment de l'adquisició de l'immoble i en el moment d'atorgar l'escriptura de finalització de la convivència i d'extinció del pacte de supervivència.

La DGDEJ confirma la nota de qualificació, ja que entén aplicable a la parella estable la Llei francesa sobre la base de les manifestacions fetes en l'escriptura de compravenda, mentre que l'eficàcia de la manifestació unilateral feta a l'escriptura de cessament de la convivència no pot ser qualificada per la DG en no haver-se acreditat els requisits per a aquesta extinció d'acord amb la Llei francesa. Això implica que tampoc no es pot pronunciar sobre l'extinció del pacte de supervivència per cessament de la convivència.

COMENTARI.- Sembla evident que en aquest supòsit el pacte de supervivència, tant si es considera com una institució del dret de família o com un pacte successori, es regeix per la Llei francesa. Això es basa en el fet que tots dos atorgants tenien la nacionalitat francesa i la residència a França en el moment de l'atorgament i que no van acordar l'oposició en l'escriptura de compra amb pacte de supervivència. Per aplicació de l'art. 9 del Codi civil espanyol, la Llei aplicable és la Llei francesa; una mateixa solució hauria d'arribar actualment tant si apliquéssim el Reglament (UE) 1103/2016, de 24 de juny, sobre els règims econòmics matrimonials o el Reglament (UE) 650/2012, de 4 de juliol, sobre successions. El fet que la Llei catalana també permeti el pacte de supervivència no implica que, pel fet de concedir-se l'escriptura a Catalunya, hauria de ser aplicable aquesta circumstància que possiblement fou advertida pel notari als atorgants i la constància documental de la qual hauria estat, en la meua opinió, recomanable.

Amb posterioritat a l'atorgament d'aquest pacte, un dels atorgants pretén modificar unilateralment el règim jurídic aplicable a aquest, sobre la base que també tenia la nacionalitat espanyola i el veïnatge civil català (se suposa que per haver residit a Catalunya abans de residir a França). Al meu parer, com el de la DGDEJ, aquesta manifestació no pot tenir cap eficàcia, ja que la determinació de la llei aplicable no es pot modificar de forma unilateral. Ha de prevaler la manifestació conjunta sobre l'individu, ja que la voluntat de les parts es podria formar sobre la base del règim jurídic que resultaria de les seves manifestacions sobre la seva nacionalitat francesa i la seva residència a França. Per tant, aplicant la legislació francesa i no la catalana, cal acreditar que, a l'empara de la primera, el pacte de supervivència es pot cancel·lar per la manifestació de cessament de la convivència, realitzada de forma unilateral per qualsevol dels membres de la parella.

POTESTAT PARENTAL I CONFLICTE D'INTERESSOS

Per apreciar l'existència d'un conflicte d'interessos en l'exercici de la potestat parental és necessari que l'interès del menor quedi subordinat a l'interès dels progenitors en l'acte concret que aquests realitzin.

RESOLUCIÓ JUS/389/2018, d'1 de març (DOGC 12.03.2018)

RESUM.- Es planteja si hi ha un conflicte d'interessos entre una menor i la seva mare per l'adjudicació d'uns béns (un immoble i diners) que realitza la segona a favor de la primera per pagar un llegat de part alíquota; a més, amb l'entrega d'aquests béns se salda un deute que la menor tenia amb el causant. El lliurament el fa la mare en la seva condició de marmessora universal de lliurament del romanent, ja que no hi ha cap hereu designat i tota l'herència està distribuïda en llegats de part alíquota. Es donen les circumstàncies que ambdós progenitors, que representen la menor en l'acceptació de l'adjudicació, també són legataris de part alíquota i que la menor, que té més de 16 anys, consent l'adjudicació i, posteriorment a la nota de qualificació i a la presentació del recurs, se suposa que, essent ja major d'edat, atorga escriptura de ratificació de l'acte dels seus progenitors.

La registradora de la propietat, invocant exclusivament disposicions del Codi civil espanyol, exigeix la intervenció d'un defensor judicial en entendre que hi ha un conflicte d'interessos en l'acceptació del llegat.

La DGDEJ revoca la nota de qualificació. En primer lloc, resol a favor de la seva competència per conèixer el recurs, ja que la marmessora recorre, possiblement després de veure els preceptes invocats en la nota de qualificació, després d'interposar un recurs a la DGDEJ i també a la DGRN. La primera constata la seva sorpresa davant les normes esmentades per la Registradora i el fet que, havent notificat a la DGRN la presentació del recurs, aquesta no hagi contestat la notificació. En tot cas, es declara competent sobre la base que el supòsit objecte del recurs s'ha produït a Catalunya i entre persones de veïnatge civil català.

Respecte del fons de l'assumpte, la DG considera que en aquest cas no es produeix un conflicte d'interessos «ya que la situación de conflicto no se plantea a partir de la simple concurrencia de intereses que se produce cuando diversas personas son llamadas en un mismo concepto a una misma sucesión, sino cuando, además y sobre todo, como consecuencia de ello, se suscita una contradicción entre los diferentes intereses concurrentes, de manera que unos prevalecen sobre otros, subordinando éstos a aquéllos» (FD 2.5). En canvi, no sembla que en aquest cas els progenitors de la filla menor d'edat «al aceptar en su nombre el legado que, de acuerdo con las disposiciones testamentarias, se le adjudica por el valor que le corresponde, subordinen el interés de su hija a sus intereses propios, ni que se enriquezcan a su cargo atribuyéndose bienes que hubiera tenido que recibir ésta, razón por la cual entendemos que no puede apreciarse la existencia de una situación de conflicto» (FD 2.5, in fine). Per això distingeix entre els conceptes de «concurrència d'interessos» (que es produeix en aquest cas, en el qual els progenitors, els representants legals de la filla menor, són cridats a la mateixa successió que és cridada la filla) i de «contraposició d'interessos» (que no es produeix en aquest cas, ja que els dels progenitors no prevalen sobre els de la filla menor d'edat). Considera rellevant l'apreciació que la mateixa

testadora havia designat la mare de la menor com a marmessora i, per tant, coneixia aquesta concurrència d'interessos. Per això entén que la registradora havia d'haver especificat en la seva nota on es trobava el conflicte d'interessos en aquest cas concret, és a dir, en quina mesura l'actuació dels progenitors implica un perjudici o una falta d'equanimitat en relació amb els interessos de la menor.

Finalment, la DG examina la incidència del consentiment atorgat per la menor en l'escriptura posterior a la nota de qualificació. Estima que aquest consentiment no esmena el possible conflicte d'interessos, ja que «el consentimiento que prevé el artículo 236-30.a del Código civil de Cataluña se orienta a sustituir la autorización judicial necesaria para la realización de determinados actos por parte de los progenitores del menor y completar su representación legal, presuponiendo, pues, la existencia de esta representación. Pero es que, si hubiera una situación de conflicto de intereses, ya no hay representación legal -artículo 236-18.2.c del Código civil de Cataluña- y, por lo tanto, los progenitores no pueden actuar en nombre de sus hijos menores, de manera que no es necesaria la complementación de una representación que no pueden ejercer» (FD. 3.2). En aquest cas, com que segons la DG no hi ha contraposició d'interessos, sí que actuen com a representants legals i, per tant, el consentiment de la menor és un argument més a favor de l'estimació del recurs.

COMENTARI.- En termes de competència, en aquest recurs es produeix una situació curiosa. Tot i que el supòsit de fet es regeix, clarament, pel Dret català (els atorgants tenen el veïnatge civil català, viuen a Catalunya, els béns es troben a Catalunya, l'escriptura s'atorga a Barcelona...), en la seva nota de qualificació la registradora fa referència exclusivament a les normes del Codi civil espanyol. Això podria comportar l'atribució de la competència a la DGRN per conèixer el recurs i, possiblement, condueix a la recurrent a presentar el recurs davant d'aquest organisme, tot i que un mes abans el va presentar a la DGDEJ. No obstant això, la competència s'ha d'entendre que li correspon a aquesta, ja que els arts. 1 i 2.1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, de recursos governatius, li atribueixen «sempre que les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin, de manera exclusiva o juntament amb altres motius, en normes del dret català o en llur infracció.» Per tant, el fet que la recurrent invoqui normes del Dret català (arts. 236-18, 236-20 i 236-30 CCCat) davant la DGDEJ hauria de ser suficient per atribuir aquesta competència, sense perjudici que, si el recurs davant la DGRN únicament es fonamenta en normes del Codi civil espanyol, aquesta també es pugui declarar competent.

Pel que fa al fons de la resolució, la DGDEJ utilitza un concepte restringit de conflicte d'interessos que no es conforma amb l'existència d'una concurrència d'interessos entre els progenitors i la menor, sinó que exigeix que es posi de manifest que els progenitors han subordinat l'interès de la menor al seu propi interès. El fonament d'aquesta interpretació es troba en el fet que la situació de conflicte d'interessos constitueix una excepció a la regla general de representació legal i, per això, ha de ser objecte d'una interpretació restrictiva, que aconsella atorgar una presumpció de legalitat i de bona fe a les declaracions efectuades en escriptura pública. En aquest punt segueix la doctrina ja consolidada per la mateixa DGDEJ en les resolucions de 28 de febrer de 2012 i de 9 d'octubre de 2014 i, fins i tot, per la DGRN en les resolucions de 14 de maig de 2010 i d'11 d'octubre de 2017, entre altres, en les quals s'estableix que l'existència del conflicte d'interessos s'ha d'apreciar en el cas concret, per la qual cosa s'han



de valorar les circumstàncies concurrents per afirmar-ne o negar-ne l'existència (cfr. Sentència del Tribunal Suprem de 17 de maig de 2004). D'aquí ve que la DGDEJ requereixi a la Registradora perquè fonamenti el conflicte d'interessos en el cas concret per considerar si es produeix o no. No obstant això, en l'àmbit estricte de la qualificació registral, que s'ha de limitar a les dades que resulten del mateix títol i dels assentaments registrals, pot ser difícil apreciar si, en el cas concret, realment es produeix una lesió dels interessos de la menor que pugui justificar la qualificació d'un conflicte d'interessos. Per facilitar aquesta funció qualificadora, en primer lloc els notaris hauríem d'apreciar si efectivament hi ha indicis d'un perjudici per al menor en l'actuació dels seus progenitors (evidentment sense entrar a jutjar si el perjudici realment es produeix, ja que aquesta és la funció del defensor judicial); i, en segon lloc, recollir en l'escriptura les dades que permetin al registrador qualificar degudament aquesta actuació.

Aquesta concepció estricta del conflicte d'interessos no és compartida per alguns autors, com FLORENSA I TOMÀS, que el defineix «desde el punto de vista objetivo, en el sentido de que responde a la situación previa de los intereses en juego, de la posición objetiva de cada parte y, por lo tanto, al margen del comportamiento o del eventual ánimo de perjudicar» (Com. Llibre segon CCCat, Atelier, 2014, pàg. 889). Des d'aquest punt de vista, que sembla que és el que adopta la Registradora en aquesta resolució, l'existència del conflicte d'interessos seria independent de l'actuació dels representants, sent suficient que els seus interessos i els de la menor siguin diferents.

Al meu parer, l'argument que la testadora conegués la possible existència del conflicte d'interessos entre mare i filla i que pogués deixar-ho de banda nomenant la primera com a marmessora universal té menys pes. És clar que el nomenament de marmessora es basa en la confiança dipositada per la testadora en la persona que nomena com a tal i es podia interpretar que mitjançant aquest nomenament l'habilita perquè lliuri el romanent de l'herència, tot i l'existència de la col·lisió d'interessos. Però no podem oblidar que les normes de protecció d'interessos dels menors s'estableixen al seu favor amb caràcter imperatiu i que no es poden dispensar per a qui exerceix el seu dret per disposar lliurement dels seus béns per causa de mort.

A l'últim, pot sorprendre que la DG no accepti que el consentiment de la menor (major de 16 anys) en la mateixa escriptura d'acceptació del llegat pugui convalidar la falta del defensor judicial (en el supòsit que fos necessari). Si el menor que ha complert els 16 anys pot consentir la renúncia a l'herència o al llegat (art. 236-30 en relació amb l'art. 236-27.1), amb més raó podria consentir l'acceptació d'un llegat d'eficàcia obligacional tot i la possible existència d'un conflicte d'interessos amb aquells que el representen. Però com bé estableix la DG, quan hi ha una situació de conflicte d'interessos, ja no hi ha representació legal; d'acord amb l'art. 236-18.2 c) quan en un acte es produeix un conflicte d'interessos entre els progenitors i el fill, la representació legal s'exclou, per la qual cosa el fill no pot complementar aquesta representació mitjançant el seu consentiment. Tot això sens perjudici que, un cop assolida la majoria d'edat, pugui convalidar l'acte realitzat pels seus progenitors, però això també exclouria la representació legal exercida per aquests.

ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE FAMILIAR

Inscrit tal dret d'ús a favor dels fills, segons el que s'ha acordat en el conveni regulador d'una separació matrimonial, no es pot extingir per pacte entre els cònjuges ni tan sols amb el consentiment dels parents més propers als fills

RESOLUCIÓ JUS/600/2018, de 20 de març (DOGC 06.04.2018)

RESUM.- S'atorga una escriptura de constitució d'hipoteca sobre un habitatge en el qual que està gravat amb un dret d'ús i gaudi a favor d'uns menors d'edat, en virtut del conveni de separació judicial aprovat per sentència de separació dels seus progenitors. Els dos progenitors i dues persones que són els familiars més propers i majors d'edat compareixen donant el seu consentiment a l'atorgament de l'escriptura a l'efecte de donar l'autorització alternativa a la judicial en relació amb aquest dret d'ús. En clàusula seguida, els progenitors, cotitulars de la potestat parental, amb el consentiment dels dos parents esmentats, pacten l'extinció i la cancel·lació de l'esmentat dret d'ús, de manera que el marit, propietari únic de l'immoble, es converteix en el propietari d'aquest. S'acompanya a la presentació de l'escriptura al Registre de la Propietat l'acord de divorci, aprovat judicialment amb anterioritat a la data de l'escriptura, que no va ser inscrit en el Registre al seu dia, i en què es dissol la comunitat de béns sobre l'habitatge familiar i, se n'adjudica la totalitat al marit i se li atribueix l'ús exclusiu de l'habitatge. El registrador exigeix que sigui l'òrgan judicial qui ordeni la cancel·lació dels assentaments registrals corresponents, ja que l'autoritat judicial ha de preservar els interessos dels fills.

La DGDEJ revoca la nota de qualificació basant-se en el fet que el dret d'ús atribuït als menors en el conveni de separació queda extingit per la sentència de divorci, en què s'atribueix l'ús exclusiu al pare. El registrador ha de procedir a inscriure la dita sentència presentant-la al Registre, ja que, d'acord amb l'art. 425 RH, la presentació d'un títol comporta la sol·licitud d'inscripció de tots els actes i contractes compresos en aquest.

En relació amb la titularitat del dret d'ús sobre l'habitatge en els casos de crisi de parella es destaca que l'art. 233-20 CCCat atribueix aquest dret a un dels cònjuges, amb l'objectiu de satisfer, en la part que sigui necessària, els aliments dels fills comuns que conviuen amb el beneficiari de l'ús: «una cosa es el interés protegido por el derecho de uso, que es el interés familiar y el de facilitar la convivencia entre los hijos y el cónyuge a favor del cual se atribuye el derecho, y el otro es el de la titularidad del derecho, que correspondería exclusivamente al cónyuge a cuyo favor se le atribuye explícitamente» (FD 1.1).

No obstant això, en aquest supòsit el dret d'ús està inscrit a nom dels menors (i l'assentament registral que ho publica és sota la tutela dels tribunals), per la qual cosa la DG examina si és suficient el règim de protecció dels menors defensat pel notari recurrent, és a dir, el consentiment dels dos progenitors i el dels dos parents més propers en aplicació dels arts. 236-27 i 236-30; i resol que no ho és, ja que l'acord dels pares va ser ratificat per l'autoritat judicial en raó de l'interès familiar perseguit amb el dret d'ús. Això comporta que aquest dret quedi sostret de l'autonomia de la voluntat; així com l'autoritat judicial va ser la que va valorar l'interès dels menors quan es va constituir el dret d'ús, ha de ser la mateixa autoritat judicial la que en decreti l'extinció, d'acord amb els arts. 233-20 i 233-21.

La DG fa referència en aquest punt a la seva resolució de 16 de febrer de 2007, citada pel notari recurrent, en què va declarar l'extinció del dret d'ús atribuït en la sentència de divorci a un dels cònjuges per l'adjudicació a aquest posteriorment el ple domini de la totalitat de l'immoble. La DG confirma la doctrina emanada de la dita resolució, en el sentit que «el cònjuge titular del dret d'ús, també propietari de l'immoble, té el poder de disposició sense necessitat de cap altre consentiment, com exposa el notari en el seu recurs, i d'acord amb el que disposa l'article 233-25 del Codi civil de Catalunya» (FD 1.4). Però aquesta doctrina no és aplicable a aquest cas pel fet que el dret d'ús està inscrit a nom dels fills i no del cònjuge, com en el de la resolució esmentada.

COMENTARI.- El fet que en aquest supòsit s'hagi presentat en el Registre la sentència de divorci en què s'atribueix el domini i l'ús exclusiu a favor de l'hipotecari, fa innecessària, per a la seva resolució, qualsevol altra consideració respecte d'això.

D'altra banda, el fet que el dret d'ús de l'habitatge familiar fos atribuït pel jutge als fills i que estigui inscrit a nom d'aquests, sembla que justifiqui que, en aquest cas, mentre els fills siguin menors d'edat, l'extinció d'aquest dret requereixi l'aprovació judicial. L'art. 233-24.1, invocat pel notari recurrent, estableix que «el dret d'ús s'extingeix per les causes pactades entre els cònjuges i, si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per la finalització de la guarda». Sembla que aquest precepte no requereix altre requisit que el consentiment dels cònjuges, però cal tenir en compte que la regulació dels arts. 233-20 i següents està pensant en el dret d'ús atribuït a un dels cònjuges i no als fills, atribució que, encara que no està regulada pel codi, es pot donar perfectament, com ja va acceptar la RDGDEJ, de 16 de febrer de 2007.

Malgrat això, es podria qüestionar si el règim de garanties articulat pel notari autoritzat, és a dir, el consentiment no només dels dos progenitors, sinó també el dels parents més propers de cada línia, hauria de ser suficient, per analogia amb els arts. 236-27 i 236-30, ja que el dit sistema, que faculta per disposar de béns i drets dels fills, es podria utilitzar per disposar d'aquest dret d'ús. La DG rebutja aquest argument basant-se en el fet que aquest dret ha estat ratificat per l'autoritat judicial. Al meu parer, amb tot, és la naturalesa familiar del dret d'ús de l'habitatge en què viuen els fills el que diferencia aquest supòsit dels que regula l'art. 236-27; l'interès dels menors a viure a l'habitatge familiar es mereix una protecció especial.

D'aquí que sí que es pot apreciar, com indica el notari, una disparitat de criteris entre aquesta resolució i la de 16 de febrer de 2007, en què es va declarar l'extinció del dret d'ús sobre l'habitatge familiar, atribuït a un dels cònjuges i als fills comuns, pel fet d'adquirir el cònjuge beneficiari la propietat de la totalitat de l'habitatge familiar. Sembla evident que l'interès dels fills menors és el mateix en l'un i en l'altre cas i es mereix la mateixa protecció, sempre que aquest interès hagi estat el fonament d'aquest pacte del conveni regulador, independentment de si el dret està inscrit al seu favor o no. Tampoc no es pot al·legar en la meua opinió, l'art. 233-25, per argumentar, com fa la DG, que el cònjuge titular del dret d'ús, també propietari de l'immoble, té el poder de disposició sense necessitat de cap altre consentiment, ja que aquest poder de disposició no pot afectar el dret d'ús, com estableix l'art. 233-25 en el seu darrer incís.

ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE FAMILIAR

La sentència que es pretén inscriure al Registre de la Propietat ha de fixar de forma expressa la durada del dit dret.

RESOLUCIÓ JUS/1165/2018, de 6 de juny (DOGC 14.06.2018)

RESUM.- En un procediment judicial de separació matrimonial es pretén la inscripció del dret d'ús de l'habitatge conjugal atribuït a l'esposa i fills del titular registral; en la sentència, que data de 1989 i es presenta ara, es confia a la mare la guarda i custòdia dels fills menors comuns, amb la potestat parental compartida amb el pare. La registradora de la propietat suspèn la inscripció en no haver-se fixat el termini de durada del dret d'ús.

La DGDEJ confirma la nota de la registradora. Malgrat l'antiguitat de la sentència, considera aplicable el llibre segon del CCCat a les qüestions relacionades amb la seva inscripció, sobre la base de la DT 3a de la Llei 25/2010, segons la qual els efectes de la separació judicial decretada a l'empara de la legislació anterior es mantenen «sin perjuicio de la aplicación del Código civil en los procedimientos matrimoniales que se puedan entablar entre los mismos cónyuges después de la entrada en vigor de esta ley». I entén la DG que la paraula procediment s'ha d'interpretar de forma extensa, amb inclusió del procediment registral.

D'altra banda, de les disposicions civils, tant del CC espanyol com del CCCat, resulta clarament el caràcter temporal del dret d'ús de l'habitatge conjugal en els supòsits de ruptura matrimonial. El CC no ho estableix de forma expressa, però la temporalitat es dedueix del fet que s'atribueix als fills i al cònjuge en companyia del qual queden. Al CCCat resulta dels arts. 233-24.1 i 233-20.2, que indiquen que si el dret es va atribuir per raó de la guarda dels fills, s'extingeix en acabar la guarda; i que s'atribueix preferentment al progenitor a qui correspon la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta. No obstant això, «es a la autoridad judicial a quien corresponde, en cada caso concreto y atendidas las circunstancias, fijar la duración de la atribución, que no podrá ser inferior a la necesaria para que los hijos lleguen a la mayoría de edad por imperativo del principio del interés del menor» (FD 1.7). Encara que «desde un punto de vista civil podríamos entender que la atribución se extinguirá al extinguirse la custodia de los hijos y que, por lo tanto, no es necesaria ninguna atribución expresa de la duración, la correcta delimitación de los derechos temporales exige siempre que se determine la persona titular, el objeto sobre el que recae y el plazo de duración» (FD 1.8), citant en suport d'aquest argument la STSJC 11/2014 de 24 de febrer. També al·lega que la determinació del termini de durada resulta del principi hipotecari d'especialitat, que comporta que els drets que s'inscriuen en el Registre de la Propietat han d'estar perfectament determinats perquè tothom conegui l'abast i pugui tenir eficàcia real davant terceres persones.

COMENTARI.- El principi registral d'especialitat exigeix efectivament que els drets que s'inscriuen estiguin perfectament determinats. Ara bé, reconegut el caràcter temporal del dret d'ús que es tracta d'inscriure en aquest supòsit, la determinació de la seva durada no s'ha de fer necessàriament mitjançant la fixació de la data en què s'extingirà aquest dret, sinó que aquesta determinació es pot entendre feta per altres circumstàncies. Així ho ha esta-



blert recentment la RDGRN, de 30 de maig de 2018, per un supòsit idèntic al que ens ocupa i que resol de forma contrària: «cuando concurren hijos menores, el plazo de vigencia del derecho de uso está ya fijado en el límite de la mayoría de edad. Así lo declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018: “La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad”. Por ello, y presencian-do un supuesto de hecho en que existe un hijo menor de edad cuya custodia se atribuye a la madre, no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso asignado a la misma a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad.» (FD 4t in fine). Entenc plenament aplicable aquesta doctrina al supòsit que comentem, no solament perquè la data de la sentència determina l'aplicació del CC a l'efecte civil de la separació matrimonial, sinó també per quedar complerta l'exigència procedimental registral derivada del principi d'especialitat. No obstant això, atès que es lliga la durada del dret a la minoria d'edat dels fills comuns i que han transcorregut gairebé 30 anys des que es va dictar la sentència, és evident que els fills en l'interès dels quals es va constituir aquest dret han assolit sobradament la majoria d'edat, de manera que s'hauria de negar la inscripció en haver-se extingit el dret d'ús.

QUALIFICACIÓ DE DOCUMENTS JUDICIALS

En el cas estudiat, sentència declarativa d'usucapió davant els hereus desconeguts del titular registral, hi ha extralimitació en la qualificació registral

RESOLUCIÓ JUS/1527/2018, de 28 de juny (DOGC 10.07.2018)

RESUM.- Es presenta al Registre de la Propietat testimoni d'una sentència declarativa del domini per prescripció adquisitiva respecte d'un habitatge, que estima íntegrament la demanda presentada contra «els legítims i ignorats hereus» dels titulars registrals, dels quals els uns van ser declarats en situació de rebel·lia processal i els altres es van aplanar en la demanda. La registradora de la propietat considera que era necessari nomenar un defensor judicial per als hereus ignorats declarats en rebel·lia.

La DGDEJ revoca la nota de qualificació de la registradora i estima que hi ha hagut extralimitació en la funció qualificadora, ja que l'autoritat judicial és la competent per examinar si es compleixen els requisits legalment exigits per a la validesa del títol constitutiu del dret real, com també «els requisits que estableix la Llei d'enjudiciament civil per a la vàlida constitució de la relació jurídica processal, i també valorar la legitimació i el correcte emplaçament dels qui hi intervenen com a demandant i com a demandat.» (FD 2.1). Així es desprèn de l'art. 100 RH, que limita l'extensió de la qualificació registral dels documents judicials. Segons la DG, correspon a la legislació processal preveure les garanties que protegeixin els interessos dels demandats, entre les quals es troba la facultat de rescindir les sentències fermes; en canvi «dins d'aquestes garanties no es troba el nomenament d'un defensor judicial, que, si escau, l'article 795 de la mateixa Llei d'enjudiciament civil requereix per a la divisió d'un patrimoni hereditari, però no per a les demandes declaratives de drets dirigides contra una herència jacent» (FD 2.4). D'altra banda, es fa referència a la RDGDEJ de 12 de juny de 2014, segons la qual,

un cop apreciada la legitimació passiva correcta pel jutge, podria ser desproporcionat exigir el nomenament d'un defensor judicial «uns causahavents que no han inscrit el seu dret al registre de la propietat, ja que no pot pretendre la protecció registral qui no ha inscrit la seva adquisició» (FD 2.5).

COMENTARI.- En aquesta resolució es plantegen dues qüestions independents: la primera, si és necessari el nomenament d'un defensor o d'un administrador judicial que intervingui en el procediment per defensar els interessos dels hereus ignorats de l'últim propietari conegut; la segona, si el registrador pot entrar a qualificar el compliment o no d'aquest requisit en el procediment judicial.

En defensa de la necessitat del nomenament d'un administrador judicial, la registradora cita la doctrina de la DGRN, que es basa en els arts. 790 i ss LEC. Recentment, la RDGRN, de 10 de juliol de 2018, ha tingut l'oportunitat de resoldre un supòsit de fet idèntic del que ens ocupa i ha declarat: «En los casos en que esté interesada una herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse, bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los arts. 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados (...). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento» (FD 3). No obstant això, els preceptes citats preveu en un supòsit diferent: s'exigeix el nomenament d'un defensor judicial en els procediments judicials de divisió d'herència quan, un cop mor el causant, no consta l'existència de testament ni de parents seus. Aquesta disparitat és al·legada pel Tribunal quan li és traslladat el recurs, de la mateixa forma que ho va fer el Jutge que va dictar el manament objecte de l'RDGRN esmentat i que va conduir a aquesta DG a concloure que el registrador no podia revisar els fons de les resolucions judicials, fet que ens condueix a la segona qüestió indicada, és a dir, l'extensió de la qualificació registral.

L'art. 100 RH, estableix que la qualificació dels registradors dels documents expedits per l'autoritat judicial «se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro». La DGRN ha interpretat, com fa en la resolució esmentada de 10 de juliol de 2018, que entre «los obstáculos que surjan del Registro» es troba la impossibilitat de practicar un assentament registral en el procediment judicial corresponent. El TS també ha establert recentment (STS, Sala 1a, de 21 de novembre de 2017) que la limitació de la funció qualificadora registral no impedeix «comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro». Potser la clau es troba en aquest matís per resoldre la qüestió sobre si la qualificació registral entra o no en el fons de la resolució judicial: si el manament judicial afirma que s'han complert els requisits legals per evitar la indefensió del titular registral, el registrador s'haurà d'abstenir de qualificar si aquest compliment ha estat efectiu o no, ja que qualsevol replantejament d'aquesta manifestació es podria considerar com una extralimitació de les seves funcions per envair l'esfera judicial.

Aspectes pràctics del Llibre VIè del Codi civil de Catalunya

El passat 10 de gener va tenir lloc al Col·legi la sessió “Aspectes pràctics notariais del nou Llibre VIè del Codi civil de Catalunya”, que va entrar en vigor en data 1 de gener de 2018. La sessió va ser moderada per José Alberto Marín, vicedegà del Col·legi, i van ser ponents Josep Ma Valls Xufré i Antonio Longo, ambdós notaris de Barcelona, els quals juntament amb el vicedegà han estat membres de la Secció de la Comissió de Codificació redactora del projecte. Eminentment pràctica, la sessió va repassar qüestions de fons i de forma de les escriptures pel que fa a les novetats incorporades en aquest nou Codi en què, segons va exposar el vicedegà del Col·legi, “la terminologia utilitzada per primera vegada ha seguit criteris d'internacionalització del Dret civil, és a dir, estàndards europeus,” tractant-se d'una regulació força oberta.

Josep Ma Valls va exposar les principals novetats en matèria de mandat, aprofundint especialment en les diferències entre el Codi Civil espanyol i el català. Així, va parlar del mandat representatiu – no establert en el Codi Civil espanyol –, el seu àmbit i extensió; del mandat tàcit, on es dóna preferència a la gestió d'assumptes aliens sense mandat; o el poder general ampliat i el poder general preventiu assimilat a tutela. També va repassar l'actuació extralimitada; l'actuació



José Alberto Marín, vicedegà del Col·legi (centre), Josep Ma Valls Xufré i Antonio Longo van presentar les principals novetats del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya.



Antonio Longo es va centrar en la compravenda, repassant alguns punts de l'article 621, entre ells les obligacions del venedor; els drets o pretensions de tercers; la falta de conformitat i els criteris per determinar la conformitat; o les manifestacions prèvies a la conclusió del contracte.

personal del mandatari i les obligacions de les parts; la pluralitat de mandants o mandatari; la rendició de comptes; l'extinció i irrevocabilitat del mandat; i la gestió de negocis aliens, entre ells els deures del gestor – com el recabament i la indemnització per la gestió.

Per la seva part, Antonio Longo es va centrar en la compravenda, repassant alguns punts de l'article 621, entre ells les obligacions del venedor; els drets o pretensions de tercers; la falta de conformitat i els criteris per determinar la conformitat; o les manifestacions prèvies a la conclusió del contracte. També va repassar aspectes com les obligacions del venedor; l'obligació d'entrega; la rescissió per lesió i avantatge injusta; i les arres. Va incidir en el pacte i la previsió de finançament per tercer; i va finalitzar la seva intervenció exposant aspectes com la superfície de l'immoble; els immobles en construcció o rehabilitació en situació de comunitat; i el pacte de condició resolutòria.

Reflexions sobre l'aplicació pràctica de l'ITP i l'Impost sobre Actes Jurídics Documentats

El passat 7 de març va tenir lloc al Col·legi una jornada dedicada a l'aplicació pràctica de l'ITP i l'impost sobre Actes Jurídics Documentats, que va comptar amb la participació de diversos especialistes en la matèria.

Vicente FenellósPuigcerver, advocat de l'Estat a la Sala Contenciosa del TSJC, va exposar una "Visió general actual de la conflictivitat CCAA-TEAR-TEAC en relació amb l'ITP i AJD", en què va explicar que en els darrers dos anys ha augmentat la litigiositat en aquesta matèria al TSJC, fet que va atribuir a la crisi, l'afany recaptatori —amb fets imposables controvertits, com el canvi d'ús de locals a habitatges— o el que es dona en l'àmbit del mercat hipotecari. En canvi, va afirmar que, des de 2011, la litigiositat ha disminuït en el TEAR. El 2017, a la secció 2a, es van dictar 120 resolucions estimatòries de recursos de contribuents al TEAR en referència a liquidacions tributàries emeses per la Generalitat. El ponent també va incidir en el controvertit assumpte de qui és subjecte passiu en AJD en operacions de préstec/crèdit hipotecari, analitzant jurisprudència contradictòria recent de dues sales del Tribunal Suprem, Primera i Tercera, i afirmant que el subjecte passiu en el crèdit hipotecari és el banc. Va assegurar que és probable que la sala 3a de l'alt tribunal consolidi doctrina en aquest punt en el sentit indicat pel ponent. Va exposar també el cas de les cases de compra d'or, en què s'ha viscut una allau de reclamacions econòmiques i administratives a Catalunya, com també els problemes que ocasiona la liquidació de l'ITP i AJD en aspectes procedimentals, atesos els errors en la comprovació de valors. Va classificar aquests errors en tres tipus: els de procediments de la Generalitat o oficines liquidadores que triguen més de 6 mesos a concloure's; aquells en què el perit de l'Administració no ha peritat individualment el bé objecte de la liquidació recorreguda o ha valorat un altre immoble; i quan l'Administració autonòmica, per fer comprovacions, acudeix al procediment de verificació de dades indicari, per taules, que no es considera ajustat a dret. També va afirmar que el TEAR ha vedat que l'Administració pugui tornar a liquidar, i que les liquidacions s'han de fer en un termini màxim de 6 mesos. Finalment, va repassar alguns dels fets imposables i la jurisprudència, molt restrictiva, en l'àmbit de la devolució d'ingressos indeguts.

Josep M. Vázquez Moreno, graduat en Dret i coadministrador del lloc web "Tottributs.com", va exposar la "Valuabilitat en AJD: supòsits dubtosos", en què va explicar que l'aplicació pràctica del gravamen d'AJD que porta a terme l'Administració en dates recents genera una gran conflictivitat entre aquesta i el contribuïent. Va afirmar que la interpretació que fa l'Administració dels requisits que ha de reunir un acte per quedar subjecte a AJD, sembla que contradiu el criteri establert tant per la doctrina com per la jurisprudència, apuntant que



Vida corporativa

la problemàtica que planteja el gravamen d'AJD té l'origen en la redacció confusa i imprecisa del fet imposable realitzada pel legislador. Va fer un repàs dels requisits recollits en l'art. 31.2 de la Llei i va exposar que l'avaluable és el valor de l'acte en si mateix, l'efecte jurídic creat per l'acte, i no el de l'objecte sobre el qual recau l'acte, com sosté l'Administració. En la seva intervenció, va exposar supòsits concrets com el canvi d'ús d'immobles, la vinculació ob rementre finques, la modificació del termini d'una condició resolutòria en garantia de preu ajornat, o la novació de préstecs i crèdits hipotecaris.

Rafael Rivas Andrés, notari d'Alcalá de Xivert (Castelló), va exposar "Novacions hipotecàries. Caducitat i AJD: comentari a la Resolució de la DGRN de 24 de maig de 2017". En la seva intervenció va assegurar que el nucli de la tributació és la constitució i l'ampliació posterior, i que la Llei diu que qualsevol escriptura que modifica el termini o l'interès, queda exempta – el que va considerar un error, ja que segons la seva opinió, serien casos més aviat de no-subjecció. Va parlar de les taxacions hipotecàries i de que l'objecte directe de l'acte jurídic ha de ser una cosa avaluable – considerant que a les taxacions hipotecàries els falta avaluabletat. També va assegurar que la caducitat té força importància en aquest impost i és un tema complex. Així, per cancel·lar una inscripció va afirmar que el titular ha de consentir-ho, i fer-ho en escriptura pública. L'excepció és la caducitat jurídica: del dret en sí, i de les inscripcions, de l'assentament registral. Va exposar casuística, com l'usdefruit vitalici i va parlar de la caducitat de la inscripció segons els terminis establerts en la Llei hipotecària, preguntant-se si en la caducitat hi ha, o no, acte jurídic. Va opinar que n'hi ha, és l'acte del registrador, però en qualsevol cas va considerar que el que grava són els actes continguts en l'escriptura i el subjecte no queda subjecte a AJD. Per això va proposar pactar la caducitat voluntària, que civilment tindria uns efectes, reduint els terminis legals de caducitat, i físicament, si la cancel·lació que s'obté del Registre no és a través d'un consentiment, no hi hauria acte o contracte i, per tant, el supòsit quedaria no subjecte.

Finalment, Javier Satué de Velasco, notari de l'Escala (Girona), es va centrar en la "Inscribibilitat i AJD", en què va assegurar que hi ha un alt grau d'inseguretat jurídica en l'aplicació de l'impost AJD. Va exposar que és un impost d'una alta configuració tècnica, que no té problemes de prova, i en què tots els seus supòsits tenen com a característica comuna un alt component finalista, fet que l'acosta a les característiques d'una taxa, essent el fonament de l'impost el retorn que obté l'Estat per un servei que presta als interessats en l'exercici de la seva autoritat, ja que concedeix, almenys potencialment, un plus de protecció. Per tant, va considerar com a regla general que s'aplica a tot acte o contracte documentat notarialment, avaluable directament i que pugui accedir al registre, i que es tradueixi efectivament en un potencial plus de protecció; en un altre cas, va considerar que no hi hauria d'haver una presumpció de subjecció. Posteriorment va repassar les característiques bàsiques de l'impost, com la complementarietat —fonamentalment en operacions immobiliàries sotmeses a IVA—, la residualitat—gravat actes o contractes no sotmesos a ITP o altres—, el principi de conservació d'energia respecte a allò ja tributat, el principi d'especialitat —gravant exclusivament allò que és objecte directe del document; la immanència -atèn el document en si als seus efectes potencials i es deslliga de les seves vicissituds concretes-, la seva autonomia en relació amb un negoci principal i en relació amb el subjecte gravat —per exemple, la hipoteca respecte del crèdit—, i certa autonomia normativa en relació amb les altres modalitats de l'impost, com ha reconegut en ocasions la jurisprudència. Tot això relacionat amb els principis generals tributaris constitucionals de reserva de Llei, capacitat econòmica, progressivitat i no-confiscació als quals aquest impost, com qualsevol altre, es deu. Centrant-se en els documents notariaus accessibles al Registre de la Propietat, el més transcendent en la pràctica diària, va advocar per la subjecció de l'AJD només en l'àmbit específic de les mutacions jurídic-reals accessibles al Registre, descartant la simple transcripció de clàusules financeres (obligacionals).



Diversos experts van aportar la seva visió sobre l'aplicació de l'ITP i l'AJD.

El passat 7 de març va tenir lloc al Col·legi una jornada dedicada a l'aplicació pràctica de l'ITP i l'impost sobre Actes Jurídics Documentats, que va comptar amb la participació de diversos especialistes en la matèria.



Va repassar la situació actual respecte dels criteris de l'Administració en la liquidació de l'IAJD en préstecs hipotecaris i novacions. Va exposar que la llei 41/2007 va redactar de nou l'article 12 de la Llei hipotecària, que distingeix sincrèticament entre hipoteca de seguretat –que té un màxim de responsabilitat hipotecària– distinció important atès que —va afirmar— la major part de les novacions hipotecàries han confluït sobre hipoteques de seguretat, sotmeses a interessos variables; en aquest cas va considerar que, si no s'alteren els màxims garantits inicialment, no hi hauria d'haver subjecció, perquè no hi ha benefici o plus de protecció. Sí que va considerar subjecte el controvertit cas de recàrrega d'hipoteca ja que comporta una alteració potencial de rang, cosa que implica mutació jurídic-real.

Finalment, va repassar la situació actual interpretativa de l'impost en relació amb novacions hipotecàries que suposen la transcripció al registre de clàusules de venciment anticipat i condicions financeres, previstes en l'article 2 de la Llei hipotecària, que es podria veure modificada, ampliant el contingut del registre, en la nova Llei prevista de contractes de crèdit immobiliari.

Per acabar, va advertir que la deriva de l'Administració en una interpretació maximalista de l'IAJD podria generar una allau de recursos i una eventual devolució d'ingressos indeguts, de la qual cosa ja hi ha experiència recent en relació amb l'anomenada plusvàlua municipal i herències de no-residents.

Jornades Dret, Immigració i Empresa

El Col·legi i la Fundació dels Notaris de Catalunya van organitzar els passats 13, 14, 20 i 21 de març unes Jornades dedicades a fer un ampli repàs a les diferents vessants de la immigració, tant des del punt de vista jurídic com social.

Les Jornades van comptar amb la participació de les administracions, la judicatura, cate-dràtics, notaris, empreses i agents socials, que van reflexionar sobre aquesta qüestió, aportant diferents visions i reflexions personals i col·lectives sobre temes com la crisi migratòria a Europa, la lliure circulació de persones, el dret internacional privat en matèria de dret de família i de successions, la visió de les institucions davant el repte de la immigració i experiències de gestió de la diversitat.

La inauguració va ser a càrrec de Jesús Ma. Barrientos, president del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya; Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, i Marina del Corral, en aquell moment secretària general d'Immigració i Emigració del Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social.

La benvinguda i presentació va anar a càrrec de Joan Carles Ollé, qui va recordar que deu anys enrere el Col·legi va organitzar una Jornada similar, "i ara és un bon moment per actualitzar les visions d'on estàvem i on estem actualment, posant el focus en les qüestions de màxima actualitat". Va destacar "el seu reconeixement a tots aquells que des de l'esfera privada, pública o des de l'empresa treballen dia a dia perquè el repte de la immigració es converteixi en oportunitats reals de creixement personal i econòmic per als qui arriben al nostre país anhelant un futur millor, treballant, sobretot, des del nostre àmbit més propi de responsabilitat, perquè des del món del Dret, la Universitat, la judicatura, i la pròpia Administració siguem capaços de donar les respostes jurídiques que ens planteja un món cada vegada més profundament globalitzat".

Barrientos va posar de manifest que la Unió Europea no està donant una bona resposta al fenomen migratori, "en què les previsions estan desbordades". I va destacar tres aspectes que conviden a reflexionar: l'existència de xarxes i organitzacions criminals que s'aprofiten de la situació i es lucren econòmicament dels qui persegueixen una vida millor; el funcionament dels Centres d'Internament d'Estrangers (CIE); i el notable augment des d'estiu de 2017, especialment a Catalunya, de l'arribada de menors no acompanyats. Així, va assegurar que "s'ha de facilitar que els Estats articulin solucions respectuoses amb els drets de tots, renunciant a determinades quotes de comoditat".

La inauguració va ser a càrrec de Jesús Ma. Barrientos, president del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya; Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, i Marina del Corral, en aquell moment secretària general d'Immigració i Emigració del Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social.



Vida corporativa

Per la seva part, Marina del Corral va exposar les dades de la immigració segons Nacions Unides - 244 milions de persones al món viuen fora del seu lloc de naixement i hi ha 750 milions de persones desplaçades dins el seu propi país – i va exposar conceptes com el de “refugiat”, “asil” o “desplaçat forçós”, entre d’altres. Del Corral també va voler destacar els incentius a la lliure circulació de persones en la Unió Europea, i la lectura positiva de l’emigració, que “genera per a tots una oportunitat, sempre que sigui regida per una bona governança, ja que de no ser així, cau en la indefensió del migrant”. Va assegurar que “la globalització és un fet, el món i el capital

humà es mouen” i va exposar breument el Pacte Global per a Migracions, amb l’objectiu de què “les migracions es facin de forma regular, segura i ordenada” i el Pacte Global per als Refugiats, àmbit en el que va exposar el compromís d’Espanya en l’acollida de refugiats procedents de Grècia i Itàlia.

En el transcurs de les quatre jornades, la primera sessió es va dedicar a la crisi migratòria a Europa, sessió moderada per Javier Martínez Lehmann, notari de Barcelona. En aquesta van participar Carlos Jiménez Pieras, catedràtic de Dret internacional públic de la Universitat d’Alcalá, qui va exposar “El dret d’asil en el Dret internacional”, i va centrar la seva exposició en diferenciar els conceptes d’“asil” i “refugi”, conclouent que “s’han de reconstruir aquests conceptes a partir de les noves realitats, per a les quals la Unió Europea no estava preparada”; Carlos Fernández de Casadevante Romaní, catedràtic de Dret internacional públic de la Universitat



La inauguració de les Jornades va comptar amb la presència de Jesús Ma Barrientos, president del TSJC; Joan Carles Ollé, degà del Col·legi; Marina del Corral, secretària d’Immigració i Emigració del Ministeri d’Ocupació i Seguretat Social; i Santiago Ripol, coordinador de les Jornades.

Rey Juan Carlos, amb la ponència “Dret europeu sobre asil, fronteres i migració en la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans”, basada en la Carta dels Drets fonamentals de la Unió Europea de l’any 2000 i revisada el 2007; Gil Arias Fernández, assessor del Comissari General d’Estrangeria i Fronteres de la Direcció General de la Policia i antic director general de FRONTEX, qui va exposar “La resposta de les institucions de la UE a la crisi migratòria. El paper de l’Agència Frontex”, parlant tant d’aquesta organització com de l’evolució dels fluxos migratoris, la crisi de 2015 i la respostes de la UE, i la situació dels dos últims anys; Alejandro del Valle Gálvez, catedràtic de Dret internacional públic de la Universitat de Cadis, qui va parlar de “La resposta dels Estats membres a la crisi migratòria. Fronteres i extraterritorialitat en les portes d’Europa”; i finalment Silvia Morgades Gil, professora lectora de Dret internacional públic de la Universitat Pompeu Fabra, per exposar “La resposta de la Unió Europea a la crisi migratòria i el seu impacte en el SECA: de Dublín III a Dublín IV”, en la que va oferir dades sobre l’evolució dels fluxos migratoris irregulars i/o forçosos i de l’evolució del nombre de demandants de protecció internacional en la UE i va al·ludir a la resposta de la UE a la crisi migratòria, fent un repàs tant al que va denominar la “solidaritat en espècie” – reunificacions i reassentaments –, la “solidaritat financera”, i l’acció exterior.

La segona sessió, moderada per Santiago Ripol, catedràtic de Dret Internacional públic de la Universitat Pompeu Fabra i coordinador de les Jornades, es va centrar en la lliure circulació de persones i l’espai de Llibertat, Seguretat i Justícia, en la que van participar Javier González Vega, catedràtic de Dret internacional públic de la Universitat d’Oviedo, per exposar “La regulació de l’accés al territori de la Unió Europea”, qui va presentar una recopilació de la Jurisprudència, el control de la immigració irregular a Espanya, els reglaments i directives de la UE; Manuel Cienfuegos Mateo, catedràtic acreditat de Dret internacional públic de la Universitat Pompeu Fabra, per parlar de “La lliure circulació de persones dels nacionals de tercers països”, definint el concepte de “lliure circulació de persones” en el Dret de la UE, així com el reconeixement condicional del dret a la lliure circulació als nacionals de tercers Estats en la UE. Per part seva, Pablo González Saquero, professor de Dret Administratiu de la Universitat Complutense de Madrid, va exposar “Lliure circulació i matrimoni entre persones del mateix sexe en el Dret de la Unió Europea”; Ana Fernández Tresguerres, notària de Madrid i lletrada Adscrita a la DGRN, va parlar



La segona sessió es va dedicar a la lliure circulació de persones i l'espai de Llibertat, Seguretat i Justícia.

de "Cooperació en matèria civil en la UE? La seguretat jurídica com pedra angular de la lliure circulació de documents. Dret Privat comunitari: noves perspectives"; i, finalment Gema Díez-Picazo, professora titular de Dret Civil de la Universitat Autònoma de Madrid i Llettrada del Tribunal Constitucional, va exposar la ponència "Un concepte europeu de família?", centrant-se en la tutela multinivell de la família europea, les estructures familiars avui dia i el concepte europeu de vida familiar i els drets reconeguts en l'àmbit familiar.

La tercera sessió es va dedicar al Dret internacional privat en matèria de dret de la família i de successions, moderada per Rocío Maestre, directora de la Fundació dels Notaris de Catalunya. En aquesta van prendre la paraula Ana Quiñones Escámez, catedràtica de Dret internacional privat de la Universitat Pompeu Fabra, per exposar "Els nous reglaments comunitaris en matèria de règim matrimonial i efectes patrimonials de les unions registrades", qui va repassar els seus objectius, avantatges i àmbits d'aplicació, a més de repassar les noves disposicions i les relacions entre els reglaments i altres convenis; Cristina González Beilfuss, catedràtica de Dret internacional privat de la Universitat de Barcelona, qui va parlar de "Divorci i responsabilitat parental: especial referència a la sostracció internacional de menors"; Sixto Sánchez Lorenzo, catedràtic de Dret internacional privat de la Universitat de Granada, qui va presentar "L'obligació d'aliments: el Reglament 4/2009 i el Protocol de L'Haia en matèria d'obligació d'aliments", sobre el reconeixement de decisions i la cooperació internacional; i Àngel Serrano de Nicolás, notari de Barcelona, qui va parlar del "Dret de successions: el reglament 650/2012 en matèria de

successions *mortis causa* i la creació d'un certificat successori europeu". Després de la sessió va tenir lloc una taula rodona, dedicada a qüestions de dret interregional en l'aplicació dels nous reglaments comunitaris, en la que van intervenir Juan José Álvarez Rubio, catedràtic de Dret internacional privat de la Universitat del País Basc; Santiago González Álvarez, catedràtic de Dret internacional privat de la Universitat de Santiago de Compostel·la; i Albert Font Segura, professor titular de Dret internacional privat de la Universitat Pompeu Fabra.

L'última Jornada, titulada "Migracions, integració i empresa", es va iniciar amb la intervenció de Ricard Zapata, catedràtic de Ciència Política de la Universitat Pompeu Fabra, per exposar "L'Europa dels valors i la gestió de la diversitat" - qui va aprofundir en el concepte d'"intermulticulturalitat" com a motor i de "diversitat" com una cosa

de la que tots en formem part -, a la que van seguir dues taules rodones, moderades per la periodista de La Vanguardia, redactora en cap de la Secció Tendències i Viure, Susana Quadrado. La primera d'elles es va centrar en "Les institucions davant el repte de la immigració", en què van participar Núria Gispert, expresidenta de Caritas, qui va exposar la importància de facilitar espais de relació per aconseguir la cohesió social; Marc Simón, subdirector general de Fundació Bancària "la Caixa", qui va parlar del pla estratègic de l'entitat; i Victoria Camps, presidenta d'ACNUR-comitè català, qui va oferir dades sobre refugiats i va reflexionar sobre els motius del fracàs d'Europa i dels Estats europeus en la recent crisi. La segona taula, dedicada a experiències de



La tercera sessió, moderada per Rocío Maestre, directora de la Fundació dels Notaris de Catalunya, es va dedicar a Dret internacional privat en matèria de dret de la família i successions.



Vida corporativa



D'esquerra a dreta: Núria Gispert, exdirectora de Caritas Barcelona; Marc Simón, sotsdirector general d'Obra Social "la Caixa"; Joan Carles Ollé; Susana Quadrado, redactora en cap de La Vanguardia; i Victòria Camps, presidenta d'ACNUR-comitè català.

gestió de la diversitat, va comptar amb la participació de Jaume Alsina, president del Grup Alimentari Guissona, qui va exposar l'experiència de l'empresa que va fundar, ubicada en una població que ja supera el 50% de ciutadans estrangers; Francesc Ventura, director del Departament d'Interculturalitat i Cohesió Social de l'Àrea Social de la Fundació Bancària "la Caixa", per parlar del programa d'intervenció comunitària i intercultural de l'entitat; Imma Mata, coordinadora del Departament de Migració de Caritas Diocesana de Barcelona, qui va destacar que en els seus programes no es fa distinció segons la procedència de les persones; i Josep Masabeu, president de Braval, entitat que celebra 20 anys treballant per a la integració de joves immigrants en risc d'exclusió social.

Finalment la clausura va comptar també amb la presència de Xavier Bernadí, director general de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya.

Properament el Col·legi editarà un llibre que recollirà totes les ponències de les Jornades.

Nou Seminari Jurídic

El passat 18 d'abril es va posar en marxa una nova iniciativa col·legial, el Seminari jurídic, una trobada mensual, coordinada per Tomás Giménez Duart, notari de Barcelona recentment jubilat, amb la col·laboració de diversos notaris. El seu objectiu és contribuir a seguir avançant i millorant en l'exigència i la qualificació científica en l'àmbit de la formació continuada i repassar els temes de màxima actualitat.

D'aquesta manera, alguns dels temes tractats en els primers seminaris celebrats han estat l'Ordre Ministerial 318/2018, de 21 de març de 2018; *ius transmissionis* i l'ilegítima, la resolució 12/03/2018 de la DGRN; la retribució de l'administrador i la STS 26/02/2018; l'herència d'un ciutadà britànic i el poder atorgat a l'estranger, a la llum de les resolucions de la DGRN de 2 de març de 2018 i 6 de novembre de 2017; la tributació de les arres penitencials, la constitució d'una societat amb lliurament o aportació de criptomonedes (bitcoins), o comentaris sobre recents resolucions de la DGRN sobre divorci, liquidació de ganancials i Registre Civil, reduccions de capital social, inscripció de l'arrendament amb durada a l'arbitri de l'arrendatari o poder i mort prèvia del poderdant, entre d'altres.



El Seminari Jurídic, dirigit per Tomás Giménez Duart, repassarà mensualment temes de màxima actualitat notarial.

Normes per a la publicació de treballs a **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetràn, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primera pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línies (alineades al marge dret).

2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).

3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.

— Els articles *doctrinals* han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.

— Els articles *pràctics* no han de superar les 10/15 cares de foli.

— Els comentaris de sentències o resolucions, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.

4. **ACCEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:

— L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.

— L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.

— La no acceptació del treball.

5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.

6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els articles *doctrinals* en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles *pràctics* o en els comentaris de sentències o resolucions.

— No pot utilitzar-se negreta (excepte en el epígrafs o subepígrafs) ni subratllat en cap cas.

— Notes a peu de pàgina. Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.

— Cites. Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de la cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.



Tota l'actualitat del Col·legi a un sol click

Pots consultar la revista La Notaria,
altres publicacions i tota l'actualitat a
www.notarisdecatalunya.org

I també pots accedir a l'Arxiu Històric
de Protocols de Barcelona, conèixer la
Fundació dels Notaris de Catalunya,
informar-te sobre l'Acadèmia d'Opositors
de Catalunya...

**Tot això i molt més. Així de fàcil,
així de còmode, així de ràpid.**