

LaNotaria

Número 3 | 2020

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

El Notariado europeo debate sobre los desafíos de la transformación digital

Nueva legislación en materia de discapacidad

«Hay que acomodar nuestras reglas a la realidad y reclamos social y jurídico. En especial, en lo que atañe a las situaciones personales especialmente vulnerables»

Entrevista a Carmen Gete-Alonso y Calera

PREMIO PUIG SALELLAS 2020

«El principal objetivo de este mandato se resume en una expresión: siempre por delante»

Entrevista a José Alberto Marín

DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL DE CATALUÑA

TRIBUNA

Raimundo Fortuñy Marqués

Enric Brancós i Núñez

José Javier Corral Martínez

Josep María Valls i Xufré

Miguel Roca Bermúdez de Castro

DOCTRINA

Análisis de la Ley 6/2020 de 11 de Noviembre Reguladora de Determinados Aspectos de Los Servicios Electrónicos de Confianza

Reintegración de la capacidad jurídica para ejercer el derecho a testar de las personas con discapacidad intelectual en el ordenamiento jurídico español a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Aspectos de la obra de Castán Vázquez

PRÁCTICA

Testamento en caso de epidemia

Hechos imponibles adicionales a la sucesión: conmutación del usufructo vital

Los contratos de opción de compra

SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

LEFEBVRE QMEMENTO Notarios

Presentamos QMemento 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 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@lefebvre.es

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

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

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión por Lefebvre-El Derecho

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

NIPO (Papel): 051180400

NIPO (PDF): 051180416

Todos los derechos reservados.

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

© 2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en

www.notariosdecataluña.org

lanotaria@catalunya.notariado.org

El notariado, casi en su cénit competencial

Desde la configuración del notariado moderno, con la promulgación de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 («Gaceta de Madrid» núm. 149, de 29 de mayo de 1862, que entra en vigor el 19 de junio de 1862), poco o nada es lo esencial que se ha modificado en el ámbito de las competencias notariales, no puede decirse lo mismo de los últimos cuatro lustros, y, singularmente, de los últimos dos, en que se han hecho reformas que sin alterar la esencia del notariado, pues como aún dice el art. 1 LNot “*El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. // Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios*”, sí han llevado las competencias del notariado cerca de su cénit. No obstante que, como podrá deducirse de la enumeración que se hará seguidamente, aunque manifiestamente ampliada la competencia funcional, podría, todavía, con la seguridad y eficiencia que presta la intervención notarial, ampliarse a más ámbitos, tanto patrimoniales o societarios, como del ámbito más estrictamente personal.

Para las nuevas competencias, ya atribuidas o que vengan de futuro, hay algo tan trascendental como es junto a la implantación territorial en toda la geografía (incluso en muy pequeñas poblaciones), el rigor jurídico y eficiencia con que se presta la función notarial, acrecentado, si cabe, por el sistema de libre elección del notario, pues, sin merma de la seguridad jurídica, se puede por el consumidor o ciudadano elegir libremente el que más convenga por las razones que cada uno tenga, lo que se ha potenciado –y acredita la práctica– con el acta notarial previa, art. 15 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en un ámbito tan trascendental como es la financiación hipotecaria, para muchos ciudadanos prácticamente la operación más relevante que realizan a lo largo de su vida.

A ello se une, no ya solo, desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la celebración del matrimonio y la separación o divorcio legal ante notario, sino que desde la reciente entrada en vigor (“viernes 30 de abril de 2021”, como nos recuerda la Instrucción de 9 de julio de 2021), de la Ley 20/2011, de 21 de julio, con la redacción dada por la última reforma operada por la Ley 6/2021, de 28 de abril, también se puede instruir el expediente matrimonial ante notario, con la fijación del régimen económico legal supletorio, que así constará en el Registro Civil, evitando los problemas que ahora había de dificultad en saber qué régimen era el aplicable, sobre todo por la creciente presencia de matrimonios con ciudadanos no ya solo de la Unión Europea sino de terceros países; a lo que se une los Reglamentos sucesorios, de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas, Reglamento (UE) n.º 650/2012 y Reglamentos (UE) 1103/2016 y 1104/2016, respectivamente, que por su carácter universal, exige también un mayor conocimiento del derecho comparado.

No puede olvidarse tampoco, en el ámbito mercantil, las competencias notariales en materia del acuerdo extrajudicial de pagos, Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, aunque haya necesitado de incentivación en orden a la aceptación por los mediadores concursales; y, desde luego, tendrán que verse ampliadas en materia societaria, en donde la eficiencia, cercanía territorial y gestión telemática parecen imprescindibles, junto al rigor propio del funcionario público y profesional del derecho cualificado que es el notario.

Podría seguirse recordando funciones (como la que ya supuso la fusión en un único cuerpo de notarios y corredores de comercio, hace ya más de dos décadas), y la nula problemática que han presentado, más allá de algunas primeras dudas en su interpretación más que en su

aplicación que se ha llevado adelante, y, en cualquier caso, como es propio en toda nueva ley, pero lo cierto, es que atribuidas cada vez se van perfeccionando e incrementando a ámbitos conexos.

El límite debería estar en que no haya disputa o controversia, que parece indudable debe quedar residenciado en la función jurisdiccional, como lo ha sido también clásicamente la protección de la persona, pero ello tampoco impide que se busquen otras alternativas que hagan innecesaria dicha intervención jurisdiccional o incluso del Ministerio Fiscal. Como dos ejemplos, que en Cataluña están dando óptimo resultado, habiendo mostrado evidente fiabilidad, junto a reducción de costes y garantía de que se ejecuta la voluntad del interesado, están las figuras de los poderes preventivos (que pueden mantenerse en vigor incluso cuando uno no pueda ya gobernarse por sí mismo) y, por abreviar sin necesidad de describir su íntegra regulación, el consentimiento de los dos parientes, uno de cada línea familiar, para la enajenación de bienes por menores, sin perjuicio de lo que, además, haya podido disponer el causante. Obviamente, en el primer caso, es evidente que el apoderado es el elegido por quien lo otorga, a ello se une que puede además configurarlo con libertad, en el número de apoderados, en su forma de actuación conjunta o individual, o cómo lo pueden hacer respecto de inmuebles o inversiones financieras, etc., pero también podría ser notarial –sin problema alguno y con la garantía que da el asesoramiento de un profesional del derecho como es el notario- la designación del asistente y la configuración de sus facultades; qué decir del ahorro de tiempo y costes, sin que haya dado problema alguno, el sustituir la autorización judicial por el consentimiento de los dos parientes ya dichos. Podría seguirse pues prácticamente en todo el ámbito civil y mercantil, lo hace en gran medida la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, pero, tampoco puede desconocerse, que muchos de los expedientes allí atribuidos no han encontrado todavía la utilización que se les podría dar, para descongestionar los Juzgados y facilitar una mayor celeridad en la resolución de conflictos.

El cénit competencial será difícil de alcanzar, pero lo cierto es que lo desjudicializado o atribuido *ex novo* al notariado está funcionando con pleno rigor y eficiencia.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- El notariado, casi en su cénit competencial
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- Respuestas a un notario novel
Raimundo Fortuñy Marqués 7
- Las arras en el Código Civil de Cataluña
Enric Brancós Núñez 11
- El notariado español ante el reto tecnológico
José Javier Corral Martínez 15
- Ley 8/2021 de 2 de junio. La problemática y ambigua remisión a la curatela en el poder preventivo
Josep María Valls i Xufre 21
- Análisis de propuestas digitales de futuro para la función notarial
Miguel Roca Bermúdez de Castro 25



Entrevista

- “Hay que acomodar nuestras reglas a la realidad y reclamos social y jurídico. En especial, en lo que atañe a las situaciones personales especialmente vulnerables”
Carmen Gete-Alonso y Calera 30
- “El principal objetivo de este mandato se resume en una expresión: siempre por delante”
José Alberto Marín Sánchez 37



Doctrina

- Análisis de la Ley 6/2020 de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza
Francisco Javier García Más 43
- Reintegración de la capacidad jurídica para ejercer el derecho a testar de las personas con discapacidad intelectual en el ordenamiento jurídico español, a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
María Eugenia Torres Costas 62
- Aspectos de la obra de Castán Vázquez
José-Antonio Linage Conde 76



Internacional

- El TJUE, escultor de derechos de Propiedad Intelectual
Laura Caballero Trenado 90



Práctica

- Testamento en caso de epidemia
Alberto Sáenz de Santa María..... 98
- Hechos imponderables adicionales a la sucesión: conmutación del usufructo viudal
José Vicente Galdón Garrido..... 110
- Los contratos de opción de compra
Concha Carballo Casado..... 120



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Lefebvre..... 128



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Fernando Agustín Bonaga 140
- Resoluciones de la DGRN en recursos de materia fiscal
Redacción Lefebvre..... 224



Recensión

- «Notarios escritores en la edad de plata»
Plácido Barrios Fernández..... 233



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho..... 235

Respuestas a un Notario novel



Raimundo Fortuñy Marqués
Decano del Colegio Notarial de las Islas Baleares
Vicepresidente del Consejo General del Notariado

Acaban de cumplirse treinta y tres años desde la toma de posesión en tierras catalanas de mi primera notaría. Inicié mi andadura notarial en la localidad leridana de Seròs, donde tanto aprendí de la ruralía: allí supe de la importancia de ejercitar el retracto de colindantes en plazo y entendí pronto por qué algún labriego deambulaba por las intermediaciones de la notaría... y de mi deber de secreto del protocolo. Respecto de mis paisanos de Cassà de la Selva me percaté rápidamente de su sabiduría jurídica y de sus conocimientos sobre los censos y la sustitución fideicomisaria... sin duda reflejo de la permanencia y arraigo de notarios de pro durante siglos en aquella comarca. De mis años de estancia en Figueres recuerdo la leyenda del notario Dalí, padre del genial pintor, cuya figura había dejado en el glosario popular múltiples anécdotas, todas ellas compendio de “seny” y buen hacer.

Han pasado muchos años, en los que la situación personal, familiar y profesional unidas de la mano, han dejado en mí un poso

heterogéneo, suma de experiencias, consejos, aciertos y algún que otro sinsabor. Hoy, ya de regreso a mi adorada Mallorca, vuelvo la cabeza atrás y ante unas cuartillas en blanco, **me planteo mil preguntas que hacer por parte de ese notario novel recién llegado a su primer destino.** Preguntas que formular a un notario ya canoso, entrado en años, que ha cumplido ya tres cuartas partes de su vida profesional, quien desde hace unas semanas ocupa la Vicepresidencia del Consejo General del Notariado.

Y lo primero que se planteará ese notario, recién tomada posesión de su primera notaría, **será por la rivalidad con el cuerpo de registradores**, sorprendido por las diatribas en foros diversos, artículos de revistas, o en la organización de eventos jurídicos donde los unos están indefectiblemente ausentes en los organizados por los otros.... Y la extrañeza será aún mayor si se tiene en cuenta que el temario de ambas oposiciones es prácticamente similar o fácilmente adaptable, si muchos opositores firman ambas con-

vocatorias –tal vez él mismo lo habrá hecho-, si se convocan de año en año para facilitar el acceso a las mismas...

Habrà que explicarle que los tiempos han cambiado, y no para bien. Que, aun cuando las relaciones personales entre los miembros de ambos cuerpos son fluidas, no ocurre lo mismo entre ambas instituciones. Que si durante un siglo la función respectiva estuvo bien delimitada y mantenido el statu quo, las cosas han ido a peor. Y deberá saber que cada paso adelante dado por el notariado ha sido objeto de reclamo, crítica o reivindicación. Habrà que explicarle por ejemplo que, a pesar de las disposiciones legales en vigor desde más de diez años ha sido imposible el acceso directo por el notario a los libros del registro, que una creación notarial de indudable interés general como el archivo de revocación de poderes fue impugnado judicialmente, que se publicitan convenios jurídicos con diversos colectivos profesionales en promoción del documento privado en detrimento de la escritura pública,



por no decir, que se defiende a ultranza el documento privado con firma electrónica para la constitución de sociedades on line y demás actos jurídicos mercantiles en sustitución de la escritura pública. Y habrá que explicarle que este es un camino espinoso y muy arriesgado, además de ignorante de lo que a todas luces es evidente: la fortaleza del Registro deriva de asientos amparados en la garantía de los documentos públicos que los nutren. **Desde el notariado la postura es muy firme: sabemos muy bien quién es el huevo y la gallina, quién identifica, quién aprecia la capacidad y la legitimación, ante quién se acredita en su caso, la titularidad del bien, ante quién se presta el consentimiento y se perfecciona el contrato...** No desdeñamos los controles a posteriori y valoramos en su justa medida la calificación jurídica como función registral, pero reivindicamos la correlativa valoración de la función notarial y el pleno respeto a la misma. Ante esto, el notario novel entenderá el porqué de ciertas iniciativas políticas, como la presentada recientemente motu proprio en una enmienda legislativa por cierto partido político, promoviendo la unificación de ambos cuerpos. No conozco a ningún notario de mi entorno que aspire a ejercer en un Registro, pero si esa ha de ser la solución para acabar con el goteo incesante de disputas y afrentas, habrá que estudiarla seriamente.

En relación con la **contratación en masa** le diré a ese notario recién ingresado que el sistema de sujeción a turno de ciertos docu-

mentos que funcionó durante décadas, en el que se integraban mayoritariamente las escrituras de préstamos concedidos por cajas de ahorros, dejó de aplicarse por resultar contrario al principio de libre competencia al tiempo que suponía un trato desigual entre las entidades financieras. Pero para su tranquilidad le diré que mucho se ha avanzado en el principio de libre elección de Notario. Los diversos acuerdos colegiales restringiendo el desplazamiento del Notario a las oficinas inmobiliarias y bancarias supusieron el inicio de una línea de recuperación de la dignidad notarial algo maltratada ante el otorgamiento de cierta clase de documentos en masa donde el cliente poderoso elegía notario y fijaba el marco físico donde debía actuar, como si el notario lo fuera de parte. La reciente Ley de Crédito Inmobiliario constituye un punto de inflexión en nuestra relación con las entidades financieras y con la consagración de aquel principio. Por otra parte, tras demasiado tiempo ignorándose, ambas instituciones –notarial y entidades financieras– han vuelto a reencontrarse en la búsqueda de soluciones comunes. Y en esta sede, el necesario acercamiento y los posibles acuerdos son múltiples y fácilmente aplicables: desde el desarrollo de ciertos poderes tipo, que faciliten el bastanteo a aquellas entidades; pasando por una racionalización de las minutas de los contratos bancarios, o por la gestión postdocumental, ámbito en el que Notariado debe tener su protagonismo –tras una época dubitativa hoy superada–; o llegando a la intervención de documentos bancarios a distancia me-

dante un sistema de videoconferencia y firma electrónica cualificada, cuyo proyecto –oportunitísimo ante la actual situación de pandemia– ha sido debidamente presentado ante diferentes instancias, incluido el Ministerio de Justicia, y que está a la espera de su desarrollo legislativo.

En relación con la contratación en masa le diré a ese notario recién ingresado que el sistema de sujeción a turno de ciertos documentos que funcionó durante décadas, en el que se integraban mayoritariamente las escrituras de préstamos concedidos por cajas de ahorros, dejó de aplicarse por resultar contrario al principio de libre competencia al tiempo que suponía un trato desigual entre las entidades financieras

Echando la vista atrás, **me plantearé el notario novel si el trabajo notarial clásico, la tradicional función notarial ha quedado desplazada por los requisitos administrativos que cada vez colman más nuestros despachos.** Se planteará ese notario que él estudió a fondo la compraventa, su estructura y sus efectos, pero que ahora se le exige además investigar quién es el titular real de la sociedad que interviene como compradora o vendedora o se le exige cumplimentar un índice con la parametrización de todos los datos incluidos en la escritura y remitirlo a todas las Administraciones. No negaré que esa sensación es real, que la carga regulatoria es inmensa y que, en ocasiones, se convierte en protagonista de nuestro día a día. Pero de la misma manera que la propiedad ya no es absoluta como creyeron los romanos, **la función notarial incorpora de manera indisoluble una función pública** que se nutre a instancia del Gobierno o el Parlamento de turno día a día por nuevas exigencias, las cuales no se pueden soslayar. **El notariado es también parte de la Administración Pública**, y aunque como notario de a pie no se perciba, **la aportación de datos** que son utilizados en el ámbito tributario, estadístico, de prevención de blanqueo de capitales, etc., –más allá del valor que aporta la seguridad jurídica que dimana de nuestra función, imprescindible

en una sociedad democrática-, **coadyuvan a posicionar nuestra función**, le dan más valor, si cabe, y la justifican ante ciertas posturas contrarias o recelosas de nuestra existencia. Por poner un ejemplo, la **Base de datos de Titularidad Real** –ejemplo de buen trabajo y de esfuerzo continuado hecho por los nuestros-, constituye un paso avanzadísimo exigido por el legislador comunitario y al tiempo un aval ante toda clase de Administraciones, del que no se dude se obtienen reconocimientos y sinergias. O el **Órgano Centralizado de Prevención de Blanqueo de Capitales**, cuyo trabajo meticuloso y cuyas aportaciones son reconocidas a diario por la fiscalía, juzgados o cuerpos de seguridad en la persecución de aquel delito. Aunque es verdad que el trabajo se ha acumulado, y que la autorización de una escritura pública requiere hogaño mayores controles y comprobaciones que antaño, no es menos cierto que se trata de un documento con un mayor valor añadido, pues a la función jurídica tradicional (insisto que elemento indispensable en un sistema de seguridad jurídica) añade otros valores de utilidad para la sociedad. Alguna actuación deberá hacer el Consejo para que este mensaje llegue al notario de base y sea correctamente comprendido.

El cuerpo de notarios está integrado por personas con una valía incalculable en el ámbito jurídico privado, pero al tiempo debe ser consciente de las necesidades de especialización en los diferentes ámbitos de su relación con terceros

Y qué decir del ámbito interno se preguntará el notario recién incorporado. ¿Es necesario un Consejo General? ¿No están ya los Colegios Notariales? ¿Qué aporta este órgano supracolegial? Tras ocho años ejerciendo como Decano en la mesa del Consejo le diré que el sistema es efectivo, aunque como todo mejorable. Soy ferviente partidario de mantener la actual estructura de los Colegios Notariales con su respectivas Juntas Directivas y un Decano al frente, que constituye un referente externo ante los diferentes Órganos de la Administración y Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma respectiva, permitiendo a su vez en el ámbito interno un contacto directo con sus colegiados, al tiempo que

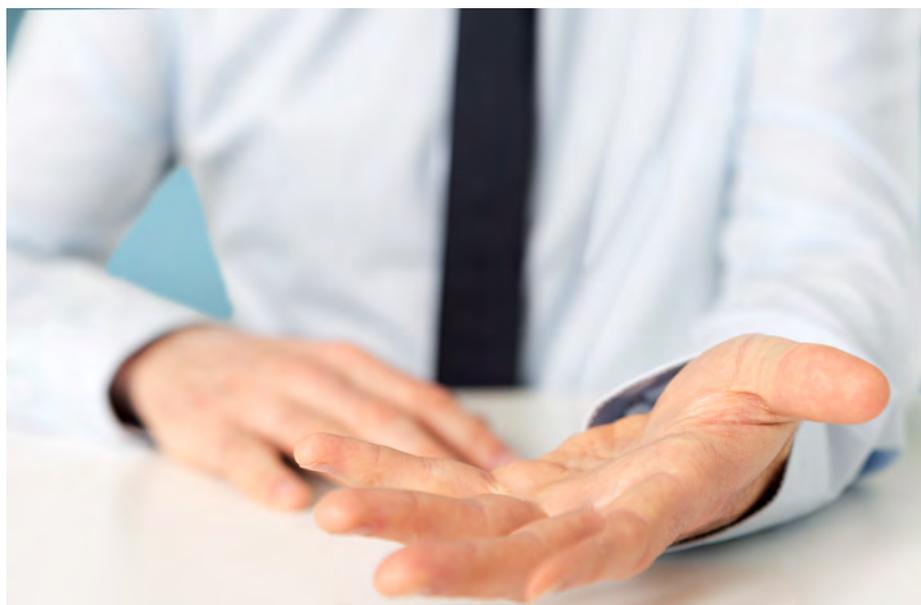


desarrollar funciones armonizadoras y de gestión diaria. Otro cantar es el ámbito de la función disciplinaria, donde siempre he defendido la creación de un cuerpo de inspectores notarios, dependiente del Consejo General, a quienes se atribuyera la formalización de los expedientes disciplinarios, lo que contribuiría a una especialización que redujera las eventuales impugnaciones por defectos administrativos al tiempo que evitaría las dificultades para su nombramiento y aceptación en Colegios notariales pequeños.

En el ámbito del Consejo General soy partidario a ultranza de reforzar su estructura. El cuerpo de notarios está integrado por personas con una valía incalculable en el ámbito jurídico privado, pero al tiempo debe ser consciente de las necesidades de especialización en los diferentes ámbitos de su relación con terceros. El Consejo ha desarrollado en los últimos tiempos un avance inmenso en esta materia mediante la creación de un gabinete de presidencia, una sección de comunicación y sobre todo, en el ámbito tecnológico, la sociedad ANCERT. Pero aún hay camino que recorrer. Debe seguirse en esa trayectoria y hallar un equilibrio entre un Consejo fuerte y una relación de profesionales externos. Ni que decir tiene que la decisión política última debe adoptarse siempre por el Pleno integrado por todos los Decanos. La existencia de una estructura corporativa fuerte permitirá al Consejo asumir retos y llevar la iniciativa y el liderazgo en cuestiones de interés corpo-

rativo: no se trata sólo de dar respuesta a los problemas que se plantean por otros sino de tomar iniciativas propias y plantearlas ante los diferentes interlocutores. De otra manera, un Consejo limitado a la gestión diaria de los asuntos que terceros plantean, supone renunciar a las iniciativas, al liderazgo que se supone el Consejo, -y por su boca el Presidente- debe tener, con el riesgo que las mismas se produzcan en otros ámbitos –incluidas redes sociales que, aun cuando están integradas por notarios de mercedísima trayectoria y se pronuncian con la mejor de las intenciones, carecen del conocimiento íntegro de la situación en la que se producen y atropellan imprudentemente alguna iniciativa del Consejo o la publican a deshora-, lo que debilita la proyección del Consejo como representante de todo el notariado ante los diferentes interlocutores.

Al hilo de la referencia a nuestra sociedad tecnológica Ancert, **se preguntará igualmente el nuevo Notario si era necesario tener una empresa tecnológica y planteará su preocupación de si tanta tecnología acabará con nuestra función.** Al respecto le diré que la tecnología ha venido para quedarse, como en el resto de actividades económicas, jurídicas o sociales que nos rodean y que ningún sentido tiene poner puertas al campo. El notariado español dio un **salto cualitativo de primer orden con la adopción del Índice Único Informatizado**, hecho que ha supuesto un esfuerzo personal y económico para todos nosotros, pero que al propio tiempo nos ha permitido ubicarnos entre los notariados



más avanzados del planeta. La parametrización de datos no sólo permite facilitarlos a la Administración Pública, por lo demás siempre hambrienta y nunca satisfecha de ellos, sino que también nos favorece en múltiples aspectos pues nos permite dar cumplimiento a nuestras obligaciones de una manera ágil y eficaz: recuerdo aún en mis tiempos mozos la emisión manuscrita del índice en papel y la remisión a cada una de las diferentes Administraciones de los datos identificativos de la escrituras autorizadas (Administración tributaria, catastro, ayuntamientos...), envíos que hoy se realizan automáticamente desde nuestra plataforma notarial. Correlativamente al hilo del Índice Único Informatizado nació nuestra empresa tecnológica Ancert. Sólo diré que mientras otros arriendan los servicios a diferentes entidades, los notarios españoles somos un colectivo muy admirado en Europa por ser dueños de una empresa tecnológica de primerísimo nivel, cuyo avance es imparable. A título de ejemplo diré que disponemos en este momento de la firma cualificada incorporada a nuestros terminales telefónicos que son la envidia de otros colectivos, o que acaba de finalizarse el proyecto del Portal Notarial del Ciudadano, que en los próximos meses supondrá una auténtica revolución de las relaciones entre el ciudadano y el notario, pues le permitirá desde fijar citas a través de una agenda notarial, mantener consultas mediante videoconferencia o solicitar copias de instrumentos públicos a distancia.... No pongo en duda que en el imaginario notarial la denominación social Ancert se identifica demasiadas veces con nuevas obligaciones o

nuevos requisitos o mayor carga corporativa, pero piénsese también a cuantos trámites se dan cumplimiento mediatamente a su través. Asumo en cualquier caso que, también en este ámbito, debemos esforzarnos más desde el Consejo en comunicar a la base el inmenso valor que supone para el colectivo contar con una empresa de este nivel.

Y qué decir de nuestros aranceles, tema tabú donde los haya. Se planteará el notario recién ingresado cómo interpretar un Decreto que, publicado en el año 1989, ha sufrido más de setenta modificaciones... Aun cuando asumo que nunca es buen momento, ya va siendo hora de plantear una reforma global. Por un lado, tras la inclusión de nuevos "expedientes" derivados de la Ley de Jurisdicción Voluntaria no está previsto a día de hoy el concepto arancelario de muchos de ellos, lo que requiere un esfuerzo interpretativo, produciéndose en consecuencia una diversidad de respuestas, sin que sea posible una armonización por parte del Consejo, órgano carente de dicha competencia. Por otra parte, la "jurisprudencia" de la Dirección General, única competente en esta materia, es ya tan extensa que resulta imposible la obtención de una línea armonizadora de nuestros aranceles tras más de treinta años de su promulgación. Por último y como elemento más decisivo se requiere una revisión profunda de aquel texto, fundamentalmente en documentos cuya retribución ha quedado desfasada. Entendemos, como entendieron nuestros mayores que ciertos documentos, como los testamentos,

deben tener un precio "político" que permita a cualquier persona su otorgamiento tantas veces como sus circunstancias vitales lo requieran y que el ejercicio de ese legítimo derecho en función de su necesidad no suponga un quebranto de su economía, pero su retribución actual supone un agravio con otros documentos, por no hablar de la comparativa con la retribución recibida por el supuesto asesoramiento que al respecto ofrecen otros operadores jurídicos. De la misma manera que la retribución de un acta de presencia a cantidad fija por hora – por debajo de los honorarios cualquier otra actividad sin cualificación especial prestada por cuenta de tercero- resulta sencillamente vergonzosa. Se trata de un debate que se ha aplazado mucho tiempo, pero que finalmente habrá que afrontar con rigor y sensatez.

Confío que con las reflexiones precedentes ese notario recién ingresado tendrá respuesta a algunos interrogantes y entenderá algo más del devenir de nuestra corporación durante los últimos años. Le pediré, eso sí, que cualquier duda, reclamación o sugerencia sobre nuestra función la haga llegar a su Colegio, cuyo Decano a buen seguro sabrá darle el cauce pertinente. Reitero que la comunicación desde el Consejo con los nuestros requiere un mayor esfuerzo, canal de comunicación que, a la inversa, ha de servir para que cualquier notario pueda hacer llegar a los órganos corporativos sus inquietudes, reclamaciones o sugerencias, lo que evitaría –con pleno respeto a la diversidad y a la divergencia- ciertas manifestaciones públicas de discrepancia que proyectan una imagen distorsionada de nuestra función y una imagen de división de nuestro colectivo, al tiempo que son aprovechadas por terceros en su beneficio.

Acabo ya. Y lo hago como empecé, recordando mi estancia de casi diez años por tierras catalanas, con mi admiración y profundo respeto por mis mayores, representados por mis Decanos López Burniol, Follía y Mezquita del Cacho. Recuerdo mi llegada cada semana a Torres de Segre anunciada por el alguacil a través de un altavoz instalado en el campanario, mis reuniones en la iglesia de Alcarràs con el "mossén" a la búsqueda del testamento perdido, mi despacho semanal en Llagostera en la vivienda de Luis "el matalasser", donde el notario de Cassà recibía a los paisanos desde tiempo inmemorial el día de mercado, mientras él cardaba la lana... ¡qué tiempos aquellos!

Las arras en el Código Civil de Cataluña



Enric Brancós Núñez
Notario de Girona

Contrato de arras o arras del contrato

En un principio las arras consistían en un objeto simbólico que un contratante entregaba al otro como parte de un ritual de formalización del contrato. En otra fase de la evolución del Derecho, cuando los contratos ya se perfeccionan por el mero consentimiento, la entrega es prueba de su conclusión. Por ello se denominan arras confirmatorias. Las partes pueden pactarlas como penitenciales, cuando lo que desean es reservarse la facultad de desistir del contrato cuantificando la consecuencia: perderlas o devolverlas dobladas. Las arras meramente penales lo que cuantifican es el coste del incumplimiento.

Desde un punto de vista funcional, lo más frecuente es que la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Supremo, hable del contrato de arras, como si se tratase de un negocio jurídico distinto del que se persigue con su entrega. Pero, como dice con claridad la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, de 24 de abril de 2003 (Rollo (Rollo63/2002) : *Sin embargo, debe indicarse que las arras como contrato independiente no existe, sino*

que se trata de una estipulación específica incluida generalmente en los contratos o precontratos de compraventa, puesto que cuando se sientan las bases contractuales (determinación del objeto, precio cierto) del negocio futuro es evidente que nos hallamos ante un contrato de compraventa o ante un precontrato, según las circunstancias específicas de cada caso concreto...

En la jurisprudencia, pues, no queda claro si lo correcto es hablar de contrato de arras o de arras de un contrato. De esta falta de concreción deriva gran parte de la patología que generan las arras, pues acostumbra a dejarse para más adelante el llamado "contrato definitivo". Aspectos importantes o incluso determinantes de éste "contrato definitivo" quedan sin precisar en el momento de entrega de las arras. En estos casos es la ley la que debe rellenar el vacío, con unas consecuencias no suficientemente valoradas ni queridas por las partes.

Obviamente, el contrato de compraventa sólo requiere dos elementos esenciales: cosa y precio. Pero, dada la complejidad de una venta inmobiliaria del siglo XXI,

y atendiendo a criterios de *lege ferenda*, debemos preguntarnos si el hecho de identificar finca y precio en la entrega de arras sin ninguna otra previsión es bastante para obligar al cumplimiento del contrato o solamente debería obligar a las partes a concretar su desarrollo futuro con lealtad.

Posiblemente si se reforzara la idea de que las arras sólo son una parte del contrato definitivo se abordaría éste último en toda su extensión desde el principio y se evitarían disfunciones. Por el contrario, las arras como contrato en sí mismo parecen conducir a la idea de contrato meramente preparatorio de otro futuro.

En nuestro trabajo diario vemos cómo unas arras insuficientemente trabajadas acaban siendo una trampa en la que caen muchos contratantes poco avisados. Se pone de manifiesto una falta de seguridad jurídica preventiva que el legislador podría paliar con una temprana intervención del notario, pero esta ya es otra historia.

En cualquier caso, **la mera confusión entre contrato de arras y arras del contrato refleja una insuficiente concreción legal**

que no ha quedado resuelta en ninguna de nuestras legislaciones. Tampoco en el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña que pasamos a comentar.

La regulación de las arras en el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña.

Artículo 621-8. Arras.

1. La entrega por el comprador de una cantidad de dinero al vendedor se entiende hecha como arras confirmatorias, es decir, en señal de conclusión y a cuenta del precio de la compraventa.

2. Las arras penitenciales deben pactarse expresamente. Si el comprador desiste del contrato, las pierde, salvo que el desistimiento esté justificado de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 621-49. Si quien desiste es el vendedor, debe devolverlas dobladas.

3. En la compraventa de inmuebles, la entrega de arras penitenciales pactadas por un plazo máximo de seis meses y depositadas ante notario puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad y, en este caso, el inmueble queda afecto a su devolución. En caso de desistimiento, el notario debe entregar las arras depositadas a quien corresponda. La afección se extingue:

a) Una vez transcurridos sesenta días después del plazo pactado, salvo que exista una anotación anterior de demanda por parte del comprador. En este caso, la afección se cancela de oficio.

b) Cuando el comprador desiste y el vendedor lo acredita fehacientemente.

c) Cuando se inscribe la compraventa.

Como es fácil comprobar, la ley catalana se desenvuelve dentro de la estructura tradicional de las arras. Para que se consideren penitenciales debe haberse pactado expresamente. No vamos a insistir en ello.

Las dos variantes que presenta el CCCat respecto de la formulación tradicional son: la excepción derivada de la falta de financiación del comprador en los términos del artículo 621-49 y el depósito notarial con afección de la finca en garantía de la devolución de las arras dobladas que "puede hacerse constar" en el Registro de la Propiedad. Vamos a ver ambas variantes.



El supuesto del artículo 621-49. ¿Sólo cabe esta excepción?

Dice el artículo 621-49 que si el contrato de compraventa (o el pacto de arras) prevé la financiación de todo o parte del precio por una entidad de crédito, la negativa de la entidad designada a conceder la financiación o autorizar la subrogación en el plazo pactado autoriza al comprador que lo justifique documentalmente a desistir de la compraventa y recuperar las arras (e incluso cantidades a cuenta del precio).

Los requisitos son:

- **Que se haya previsto la financiación de terceros en el pacto de arras o en el contrato de compraventa.**

- **Que se designe la entidad o entidades a las que se solicitará la financiación.**

- **Que se fije un plazo.** La ley no establece uno supletorio. No se precisan las consecuencias de la omisión del plazo. El problema lo tendrá el notario que tenga depositadas las arras, pues no tiene fecha fijada para la devolución al comprador no financiado. Afortunadamente en las arras siempre se fija un plazo para la formalización de la compraventa y cabe entender que también ha de actuar como fecha tope para acreditar la falta de financiación.

- **Que el comprador justifique documentalmente la negativa.** Convendrá precisar qué tipo de documento y con qué contenido serán suficientes para que el notario pueda entregar el depósito.

- **Que no haya mediado negligencia de parte del comprador.** Extremadamente difícil de justificar ante el notario. El artículo 621-49,1 habla de que el comprador ha de justificar documentalmente en plazo la negativa. Pero esta justificación no es suficiente porque no acredita que la negativa no se deba a negligencia del comprador. Por tanto habrá que determinar exactamente en el momento de aceptar el depósito qué tipo de prueba se estima suficiente para acreditar la diligencia del comprador.

- **Que no haya pacto en contrario.**

Parece que si llegado el plazo no se ha acreditado la negativa de la entidad o entidades designadas a conceder la financiación, el comprador que no pague el precio perderá las arras penitenciales.

Escritura, depósito notarial y afección registral de las arras penitenciales en la compraventa de inmuebles.

Las arras constituyen un pacto que obedece a una declaración de voluntad,



por lo que entiendo que el tipo documental es la escritura, no bastando el acta de depósito. En un acta de depósito no cabe regular la obligación de doblar las arras. En el depósito se puede regular si lo depositado se entrega a una u otra personas en función de determinadas circunstancias, pero no puede extenderse a la obligación de satisfacer cantidades no depositadas previamente. Para un depósito en acta de tal naturaleza sería necesario que tanto el vendedor como el comprador depositasen la misma cantidad. Si desistiera el comprador se llevaría las dos arras el vendedor. Si desistiera el vendedor se lleva las dos arras el comprador. Creo que se trata de un supuesto de laboratorio. En el supuesto normal, el vendedor contrae una obligación, entregar una cantidad equivalente a las arras que no ha depositado y, precisamente porque se trata una declaración de voluntad que se concreta en una mera obligación de dar, el tipo documental es la escritura. Tan es así que el cumplimiento de la obligación hay que garantizarlo con la afección registral.

La escritura conteniendo el depósito "se puede hacer constar" en el Registro de la Propiedad. No se regula la práctica del asiento registral de afección, sólo el plazo máximo de seis meses y su cancelación:

- Por el transcurso de sesenta días después del plazo pactado, salvo que conste en el Registro anotación de demanda por parte del comprador.
- Si el vendedor acredita fehacientemente el desistimiento del comprador.
- Cuando se inscriba la compraventa.

Queda para el notario el problema de la restitución del depósito pues deberá valorar el desistimiento. Para evitar problemas deberá fijarse en la escritura que formalice las arras el lugar (aunque no lo prevea la norma), fecha e incluso hora (aunque tampoco se prevea) de conclusión de la compraventa. Si comparece el comprador y no el vendedor, o viceversa, ya se sabe a quien hay que entregar las arras. El problema está en que una de las partes alegue que se niega al cumplimiento por el incumplimiento de la otra. En principio cabe pensar en el supuesto de que el comprador considere que la finca no reúne las condiciones, que hay cargas no aceptadas, etc. Como ya se ha dicho al principio, es muy frecuente que en los documentos de arras se dejen muchos cabos sueltos relativos a la compraventa "definitiva" y ello genera una grave patología. Parece que en tal supuesto el notario deberá esperar al resultado del pleito que se origine para entregar las arras depositadas.

Tratamiento fiscal

Vamos a tratar en primer lugar las **arras en la compraventa de inmueble que no tiene carácter empresarial**. La resolución vinculante de la Dirección General de Tributos, V1712-17, de 3 de julio de 2017, sujeta al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados un acta notarial de depósito de arras penitenciales formalizada en Cataluña y vinculada a un documento privado de compraventa, pues considera que tiene cantidad o cosa valuable y es inscribible en el Registro de Propiedad. En mi opinión, por las razones que antes he expuesto el acta no me parece el tipo documental adecuado y por ello no la consideraría inscribible, pero obviémoslo porque se trata de una cuestión tangencial. En Cataluña las arras penitenciales utilizando el tipo documental adecuado siempre son inscribibles y por ello tributan por AJD, siendo irrelevante a estos efectos el pacto de no inscripción. Ver en el mismo sentido la consulta Dirección General de Tributos 199/18.

Queda para el notario el problema de la restitución del depósito pues deberá valorar el desistimiento. Para evitar problemas deberá fijarse en la escritura que formalice las arras el lugar (aunque no lo prevea la norma), fecha e incluso hora (aunque tampoco se prevea) de conclusión de la compraventa

Tengo también mis dudas sobre si, pese a lo que dice la DGT, no debería tributar como garantía real. En la Compilación Navarra las arras se tratan en la ley 467 dentro del Título VII, De las garantías reales. Lo curioso sería que en Cataluña, y a día de hoy, la garantía real tributaría al 1%, mientras que los actos jurídicos documentados, tras sucesivos aumentos desde el añorado 0,50%, tributan al 1,5%. Obviamente ITP sería incompatible con AJD.

Cuando se trata de **venta de bienes inmuebles efectuada por empresario y sujeta a IVA**, entiendo que la condición de empresario del transmitente arrastraría también a las arras. Como sea que el IVA es compatible con el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y en Cataluña el documento reúne los requisitos de ser no-

tarial, expresar cantidad o cosa valuable y ser inscribible en el Registro, concurrirán en principio IVA e IAJD. Vamos a ver los supuestos posibles:

- **Confirmatorias:** siendo confirmación del contrato e inicio de ejecución del mismo, tributarán como pago anticipado en entrega de bien inmueble, es decir, al 10% (4% VPO) en viviendas o al 21% en solares y locales, sobre la cantidad entregada como arras. Como sólo se inscriben en el registro de la Propiedad las arras penitenciales, en las confirmatorias no habría tributación por AJD.

Siendo las arras un medio útil para ordenar la fase inicial de una compraventa presenta importantes flaquezas por la frecuente falta de adecuada regulación del resto de elementos determinantes de la prestación del consentimiento y de la idoneidad del objeto del llamado "contrato final"

- **Penitenciales:**

a) Si se aplican al precio de compraventa, en caso de celebrarse tributaría como dicta la Consulta vinculante 1391-2019, de 12 de junio de 2019. Dice la DGT que *en el supuesto sometido a consulta, la transmisión de los terrenos iba precedida por la entrega de unas arras penitenciales en caso de desistimiento del comprador, por lo que el Impuesto se devengará cuando los mismos se pongan en posesión del adquirente. No obstante lo anterior, según manifiesta el consultante en su escrito, la cantidad que la parte compradora entrega a la vendedora en concepto de arras o señal con ocasión de la firma del citado contrato está previsiblemente destinada a constituir una parte del precio de la futura venta produciéndose, por tanto, el devengo del Impuesto sobre el Valor Añadido en el momento en que la parte vendedora perciba dicha cantidad, por el importe de la misma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75.dos de la Ley*



37/1992 (como pago anticipado). Este mismo criterio ha sido reiterado por la Dirección General, entre otras, en la contestación vinculante, de 5 de octubre de 2017, con número de referencia V2511-17. Si al final se devuelven las arras se generará una factura de regreso por IVA.

b) Pero pueden construirse las arras con independencia del precio, de forma que si se celebra la compraventa, ni se pierden, ni se devuelven dobladas, ni forman parte del precio, sino que se restituyen al que las entregó. El comprador paga el precio íntegro sin que las arras se imputen como cantidad a cuenta. En este caso, no puede considerarse pago anticipado en entrega de bienes inmuebles, sino prestación de servicios, tributando siempre al 21%. No queda clara la base imponible. Si tributa por asimilación a las promesas y opciones, la base consistiría en la retribución del empresario por la prestación del servicio, que normalmente sería cero. No sería la cantidad dada en arras, que constituiría una especie de depósito en garantía no tributable. El inconveniente desde el punto de vista de gastos está en que el IVA puede resultar cero pero al ser un acto inscribible resultará compatible

con el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados que al tipo del 1,5% en Cataluña ya no es el porcentaje asumible de antaño.

Conclusión

Siendo **las arras un medio útil para ordenar la fase inicial de una compraventa presenta importantes flaquezas por la frecuente falta de adecuada regulación del resto de elementos determinantes de la prestación del consentimiento y de la idoneidad del objeto del llamado "contrato final"**.

En Cataluña se ha procurado reforzar su eficacia en las ventas de inmuebles mediante su formalización en escritura pública acompañada del depósito y la constancia registral, pero el tratamiento fiscal, una vez más, barra su utilidad práctica.

El reforzamiento de los instrumentos de seguridad jurídica preventiva mediante una intervención notarial inicial, como sucede con las actas de transparencia en los préstamos hipotecarios, y un tratamiento fiscal neutro, podrían convertirlas en un eficaz instrumento de garantía a disposición de compradores y vendedores con el correspondiente ahorro de costes procesales.

El notariado español ante el reto tecnológico ^(*)

El proyecto notarial de autorización de escrituras y actas por medio de comparecencia por videoconferencia ante notario en la sede electrónica notarial



José Javier Corral Martínez
Decano del Colegio Notarial de Cantabria

Es sin duda uno de los grandes retos del notariado trasladar la seguridad física y técnica del actual y tradicional otorgamiento de escrituras y actas mediante comparecencia física en las notarías al otorgamiento mediante comparecencia ante notario por medio de videoconferencia realizada en la sede electrónica notarial.

En el inmediato futuro **coexistirán alternativamente, a elección del otorgante, dos formas de otorgamiento:** una general, **la actual o tradicional**, para todos los actos y contratos, **y otra, la comparecencia por videoconferencia, válida únicamente para un catálogo de actos y contratos.**

Para que dicho traslado pueda realizarse con todas las garantías es necesario que el nuevo procedimiento de comparecencia

por medio de videoconferencia ante notario respete escrupulosamente la naturaleza pública de la función notarial.

La Ley del Notariado en su artículo 1 define al notario como un funcionario público, cuyo acceso se realiza por medio de una oposición de ámbito estatal. Hace unos días, el 23 de octubre, tuvo lugar la toma de posesión de la última oposición al título de notario en la que han aprobado 55 mujeres y 36 hombres, lo que nos permite ser un cuerpo no solo progresista en cuanto al contenido sustancial de nuestra función sino además igualitario en cuanto a las personas que acceden.

Toda actuación notarial, sea en escritura o en acta, está profundamente marcada por la naturaleza jurídica de la función, esto es, por su carácter de función pública.

Este carácter público implica que la regulación de la forma de actuación notarial y por tanto la regulación de la forma de las escrituras y de las actas debe realizarse por una norma con rango de ley.

No es posible la actuación espontánea de uno o más notarios, ni siquiera de todos los notarios reunidos en la corporación notarial para decidir con qué procedimiento y forma autorizar las escrituras o actas por medio de videoconferencia.

El carácter público de la función notarial obliga a todos los notarios a cumplir siempre lo que disponga una ley aprobada por el Parlamento en esa y todas las materias.

Por esa razón, el Consejo General del Notariado presentó el día 11 de abril de

(*) Ponencia presentada en la reunión de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado del 13 de noviembre de 2020 en el Colegio Notarial de Cataluña.



este año 2020 en la Dirección General competente del Ministerio de Justicia un **proyecto con propuesta de texto normativo para la actuación notarial por medio de videoconferencia** que presenta nueve principales características:

PRIMERA. Es un proyecto realista, con base en una experiencia telemática notarial contrastada desde hace más de 15 años, que se podía haber puesto en marcha el mismo día de la publicación de ley en el Boletín oficial del estado.

¿Por qué? Porque este proyecto lo único que hace es abrir la sede electrónica notarial, que ya estaba abierta desde antes del año 2005 para todas las administraciones, a los ciudadanos y empresas.

Esa sede electrónica notarial con una experiencia de varios lustros, especialmente desde la ley 24/2005, se basa en tres pilares:

1. Un único sistema corporativo de comunicaciones. Es la Red RENO, una de las redes corporativas más extensas de España. Dicha red dispone de un centro tecnológico propio cuyas instalaciones centrales se concentran en Barcelona.

Todos los sistemas telemáticos que sirven a la función pública notarial se prestan por un medio propio del Notariado, como es ANCERT, S.L.U., entidad de carácter tecnológico de la cual el único socio es el Consejo General del Notariado.

2. Una plataforma telemática exclusiva, el llamado Sistema Integrado de Gestión Notarial, cuyo acrónimo es SIGNO.

3. Un mismo sistema de firma electrónica cualificada y avanzada, así como de sello de tiempo cualificado y avanzado.

SEGUNDA. Es un proyecto prudente con total seguridad técnica y jurídica.

El proyecto presentado por el Consejo General del Notariado (CGN) en el Ministerio dota a la autorización notarial mediante videoconferencia de la misma seguridad jurídica y técnica que tiene el otorgamiento mediante presencia física en la notaría.

a) Es un proyecto prudente que enumera la lista de actos que podrán alternativamente otorgarse por videoconferencia si así lo eligen los otorgantes.

En el ámbito de las personas físicas se ha estimado que una serie de actos unilaterales podrán ser objeto del otorgamiento por videoconferencia; así, entre otros, los poderes (salvo el poder general), los poderes administrativos y procesales, las revocaciones de poderes y las actas.

En el ámbito de las empresas, el proyecto contempla que alternativamente se puedan otorgar por videoconferencia la constitución de sociedades y otros actos societarios.

Finalmente, tanto para empresas como para consumidores o personas físicas se permite otorgar por videoconferencia cualquier póliza bancaria o sea cualquier préstamo, crédito, descuento o factoring.

b) Es un proyecto con seguridad técnica: el ciudadano se conecta desde su casa, con su móvil, Tablet o PC, a la sede electrónica notarial y, por tanto, tiene la seguridad de que se va a conectar con un notario y no con otra persona que se haga pasar por tal al margen de la sede electrónica notarial. Y lo hace a través del canal seguro de comunicación basado en los tres pilares de seguridad informática que expuse al principio de mi exposición.

Conviene recordar que por la sede electrónica notarial han circulado decenas de millones de documentos desde hace más de 15 años sin que haya habido ningún problema de hackeo o usurpación de datos

Conviene recordar que por la sede electrónica notarial han circulado decenas de millones de documentos desde hace más de 15 años sin que haya habido ningún problema de hackeo o usurpación de datos.

c) Es un proyecto con seguridad jurídica: no altera la función tradicional esencial del notario. El notario solo autorizará si está completamente seguro de la identidad, la capacidad y el consentimiento del compareciente ante él por videoconferencia. En otro caso, denegará su autorización.

TERCERA. Es un proyecto basado en la neutralidad tecnológica.

El proyecto notarial de videoconferencia no exige ningún hardware o software. El ciudadano o la empresa pueden utilizar su móvil, tablet u ordenador para entrar en la sede notarial, www.portalnotarial.es y operar libremente en ella.

En definitiva, el proyecto notarial de videoconferencia no exige al ciudadano o la empresa ningún coste adicional para poder acceder a la videoconferencia notarial. Basta con que disponga en su casa de un móvil, Tablet u ordenador y se dé de alta de forma gratuita en la sede electrónica notarial (www.portalnotarial.es). El coste será el mismo que está previsto hoy en el arancel notarial para los actos que ahora autorizamos en las notarías con comparecencia física.

CUARTA. Es un proyecto sostenible que contribuye a la lucha contra el cambio climático al evitar muchos desplazamientos físicos



a la notaría tanto de ciudadanos como de empresas, lo que supone evitar la utilización del coche u otros medios de transporte contaminantes y disminuye de forma drástica la utilización del papel, mediante el depósito notarial de la copia autorizada electrónica de poderes.

QUINTA. El sistema propuesto por el notariado español **tiene un coste cero para la administración.**

SEXTA. El sistema **no supone ningún coste adicional al ciudadano o la empresa y sí supone un coste que debe asumir cada notario sin poderlo repercutir a nadie, ni a la administración ni a los ciudadanos o empresas.**

SÉPTIMA. Principio de asunción de responsabilidad por el notario: El notario responde tanto por autorizar el acto por videoconferencia como por denegarlo de forma infundada.

OCTAVA. Es un proyecto que **ofrece una alternativa telemática al otorgamiento de ciertos actos ante notario.**

La videoconferencia no se impone, sino que el ciudadano o la empresa podrán elegir entre otorgar el acto como hasta ahora compareciendo físicamente en la notaría o bien hacerlo en la sede electrónica notarial por medio de videoconferencia ante notario.

NOVENA: El proyecto consagra el **principio de libertad de elección de notario.** Cuando el ciudadano entre desde su móvil en la sede electrónica notarial se le mostrarán todos los notarios de España y podrá elegir el que quiera conforme a la vigente normativa de competencia notarial.

Explicadas las principales características en las que se basa el proyecto notarial presentado en el Ministerio de Justicia, procedo a exponer el funcionamiento práctico de mismo.

Funcionamiento práctico del sistema de otorgamiento por videoconferencia

Para su explicación, iré examinando las diferentes partes tradicionales en que se dividen las escrituras y actas:

a) **La identificación:** El ciudadano desde su casa, residencia u oficina deberá darse de alta en la sede electrónica notarial.

Es algo muy sencillo, basta que el ciudadano desde su móvil, tablet u ordenador entre

en la Sede Electrónica Notaria (SEN), cuyo dominio es www.portalnotarial.es y rellene un formulario básico haciendo constar su nombre, apellidos, dirección física y de correo electrónico y móvil, escaneando con su propio móvil, tablet o pc su documento de identidad para subirlo a esa sede electrónica notarial.

Una vez dado de alta, ya podrá acceder a todas las videoconferencias notariales que realice en el futuro.

El día en que se realice la videoconferencia entre ciudadano y notario, éste le identificará en la forma que se hace ahora en todas las notarías, es decir, el ciudadano exhibirá su documento de identidad y el notario comprobará el mismo con la base de datos de documentos de identidad que tiene en su propia notaría y en todo caso con la base de datos de documentos de identidad del Ministerio de interior. Todo ello permitirá al notario saber si ese Documento Nacional de Identidad (DNI) ha sido robado o extraviado y si está vigente o no.

Pero en todo caso, tanto en la identificación que el notario hace ahora de un otorgante en la notaría mediante comparecencia física como en la futura identificación que se realice en la videoconferencia, quien identifica es el notario.

Quien se hace responsable de dicha identificación es el notario. No es una máquina biométrica o un escáner u otros medios técnicos quienes identifican. Es el notario. Y la explicación es muy sencilla: esa máquina no responde, el notario sí.

El sistema de identificación, y por cierto, también el de firma, propuesto por el CGN, son los mismos que ha adoptado el Ministerio de Justicia en su Real Decreto Ley 16/2020, cuando en su DF 1 ha modificado la ley 18/2011 de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia, para incorporar los sistemas de los artículos 9 y 10 de la LPACAP sin que al Ministerio de Justicia se le haya ocurrido emplear sistemas biométricos de identificación ante las órganos jurisdiccionales.

Es más, el artículo 2.3 del Reglamento Eidas señala: "El presente reglamento no afecta al Derecho nacional o de la unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimiento relativos a la forma".



La identificación es, en definitiva, parte esencial personalísima de la función pública notarial que no queda suplida o sustituida por el empleo de medios telemáticos, siendo éstos en todo caso un medio supletorio y auxiliar del notario, como se deriva del precepto general en materia de identificación notarial que es el artículo 23 de la ley del notariado.

b) **La apreciación de la capacidad de obrar de la persona física:** La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 ha ordenado como principio general la presunción de capacidad de las personas físicas.

La capacidad de una persona no es algo que se pueda apreciar de forma automática o por un robot o un dispositivo electrónico, sino que requiere un juicio concreto del notario en razón de cómo esa persona se encuentra físicamente y mentalmente en ese momento y cuál es la complejidad jurídica del acto a realizar en relación con su capacidad de entendimiento

No es lo mismo autorizar el poder para recoger un título universitario que otorgue una persona con una discapacidad que un poder general otorgado por esa misma persona para todo tipo de actos o una donación de su vivienda u otros inmuebles a la persona que le cuida o a un supuesto amigo.

El notario modula la apreciación de la capacidad en función de cada caso concreto.



En el informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas por la relatora especial para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas se refiere a la importancia del juicio de capacidad notarial y a la necesidad de formación en el nuevo paradigma consagrado por la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en su punto 77 señala expresamente que «en el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica».

Dicho informe afirma que el Notariado debe tener en cuenta el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica y el paradigma de apoyo introducido por la Convención «para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica».

Por eso en el proyecto propuesto por el notariado español, **el ciudadano realmente comparece ante notario por medio de la videoconferencia** y solo si el notario formula un juicio positivo de su capacidad en relación con el acto concreto a autorizar, podrá otorgarse el acto y autorizarse la escritura o acta.

El notario se hace responsable tanto de su autorización como de su denegación. Es lo lógico por ser el notario un funcionario público que es retribuido por un arancel que satisface al ciudadano.

c) **La apreciación de la legitimación de la persona compareciente, singular-**

mente la cuestión de la actuación mediante poder.

¿Cómo funcionará el otorgamiento por videoconferencia cuando una o las dos partes, por **ejemplo, en una póliza de préstamo bancario a una sociedad, actúen por medio de apoderados?**

En todo caso de otorgamiento por medio de apoderado o representante, el notario tiene el deber de comprobar la existencia, suficiencia y subsistencia de ese poder.

El notario tiene competencia exclusiva para emitir el juicio de suficiencia de las facultades representativas a que se refiere el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. El notario examina el poder de representación que le exhibe el apoderado y si lo estima válido, vigente y suficiente el juicio será positivo; en caso contrario el juicio será negativo.

El documento del poder, en España la escritura de poder, es el título de legitimación de una persona para representar a otra, sea ésta una persona física o una persona jurídica.

En caso de comparecencia física en la notaría, el apoderado lleva consigo en papel dicha escritura de poder y la exhibe al notario. Lógicamente esto no puede hacerse en el otorgamiento por videoconferencia.

En el otorgamiento por videoconferencia dicha exhibición física queda sustituida por la consulta telemática que el notario debe hacer en la sede electrónica notarial lo que

implica que esos poderes deberán estar disponibles en dicha sede.

Por ello, el proyecto presentado dispone que en toda autorización de escritura de poder o de nombramiento de cargo societario el notario tendrá dos obligaciones adicionales a las ya existentes:

-el notario autorizante deberá depositar en la sede electrónica notarial una copia electrónica de la escritura de poder o nombramiento de cargo representativo.

-el notario deberá entregar un código seguro de verificación u otro dispositivo de verificación al poderdante o administrador de la sociedad.

El código seguro de verificación será el instrumento técnico que el apoderado exhibirá por videoconferencia a notario para que éste pueda comprobar la subsistencia y situación jurídica del poder sin perjuicio de lo que añadido a continuación sobre la revocación

En todo caso de otorgamiento por medio de apoderado o representante, el notario tiene el deber de comprobar la existencia, suficiencia y subsistencia de ese poder

Si el poderdante o administrador de la sociedad revoca el poder, el notario autorizante de dicho poder procederá de igual forma depositando electrónicamente una copia electrónica de la revocación en la sede electrónica notarial, disponiendo el proyecto la obligación de todo notario de consultar dicha sede electrónica notarial para comprobar si el poder ha sido o no revocado.

De esta forma cuando el apoderado quiera otorgar un acto por videoconferencia con cualquier otro notario le exhibirá a este el CSV y así el notario podrá consultar la sede electrónica notarial y ver la vigencia y facultades del apoderado; en caso de que conste depositada la revocación en dicha sede electrónica, el notario, tras realizar dicha consulta telemática, denegará la autorización.

d) **Asesoramiento institucional del notario:** el notario no es un asesor privado.



El notario, según el artículo 1 de la Ley del Notariado, es un funcionario público dotado de imparcialidad. El asesoramiento que presta a las partes no es por tanto privado o de parte sino que tiene carácter institucional.

Este asesoramiento según la ley y reglamento notarial es un asesoramiento institucional equilibrador de la situación desigual de las partes de un contrato.

Dicho en lenguaje político, es un asesoramiento igualitario y progresista, porque procura la igualdad real en los contratos, prescindiendo, como dice el reglamento notarial, una especial protección al contratante más débil.

Este asesoramiento se presta por medio de la videoconferencia de la misma forma y con el mismo contenido que el prestado hoy mediante comparecencia física en la notaría.

Pondré un ejemplo sucedido en mi notaría durante el mes de abril de este año:

Madre viuda de más de 75 años con 3 hijos. Alarmada por el coronavirus, quiere otorgar un poder en favor de los hijos. Le explico de forma clara para ella las distintas opciones: poder solidario, poder mancomunado, poder mancomunado bastando con que actúen dos de los tres hijos.

Igualmente le explico si quiere hacer constar un plazo de eficacia del poder: 6 meses o por el contrario si quiere hacer un poder preventivo, es decir, que siga siendo eficaz aunque ella se incapacite en el futuro por una enfermedad y mientras no se declare judicialmente como incapaz.

Finalmente elige otorgar un poder mancomunado siendo suficiente que actúen dos de los tres hijos y además con carácter preventivo, o sea, que “valga” aunque en el futuro se incapacite.

Todo esto es parte del asesoramiento notarial institucional prestado en un “sencillo” poder notarial. Les pido disculpas por no ser capaz de explicar en el tiempo que me queda en esta ponencia la complejidad del asesoramiento de otorgamiento que requieren los poderes mercantiles.

Todo ello pone de relieve por qué el estado español ha querido que los poderes se otorguen con garantía notarial para ciertos actos personales o patrimoniales importantes y no por medio de un mero documento privado una firma electrónica sin intervención de notario.

Porque ¿qué sucede en los actos otorgados de forma telemática sin intervención de un notario?

El otorgamiento privado, sin intervención notarial, de un acto con firma electrónica cualificada supone, aunque la ley impute formalmente la actuación realizada con dicha firma electrónica a su titular, que se desconozca quien utilizó esa firma realmente, si realmente su voluntad era libre o fue coaccionado y si entendió el tipo de facultades que estaba dando y sus consecuencias.

Y, en todo poder otorgado sin intervención notarial, lo que sí se sabe es que ningún funcionario imparcial como es el notario le asesoró para otorgar ese poder que quizá ni hubiera otorgado o quizá lo hubiera hecho quitando ciertas facultades o con un plazo de caducidad si un notario hubiera intervenido. Todo otorgamiento privado carece de la seguridad jurídica que aporta el notario.

Si el poderdante o administrador de la sociedad revoca el poder, el notario autorizante de dicho poder procederá de igual forma depositando electrónicamente una copia electrónica de la revocación en la sede electrónica notarial, disponiendo el proyecto la obligación de todo notario de consultar dicha sede electrónica notarial para comprobar si el poder ha sido o no revocado

e) Formación del consentimiento del otorgante: El notario tiene la obligación de asegurarse de que el otorgante quiere realmente otorgar ese acto, y lo quiere en todas sus cláusulas y contenido.

El notario, tras el asesoramiento explicado en el apartado anterior, habrá redactado la escritura, y tras ello concertará día y hora con el otorgante para celebrar la videoconferencia.

En esa hora y día del otorgamiento por videoconferencia, el notario, tras haber identificado y apreciado la capacidad y legitimación del otorgante, le mostrará en pantalla compartida el texto de la escritura; se la leerá y explicará, formulando el otorgante las preguntas que quiera y finalmente el notario le

preguntará si ha entendido todo y si quiere en este momento firmar la escritura.

Si el notario no está seguro de la voluntad del otorgante, su deber es denegar la autorización.

Esta es la correcta formación del consentimiento por la que vela el notario ahora en las escrituras en papel y en el futuro, si lo elige el otorgante, en las realizadas por videoconferencia.

f) Firma del otorgante del documento: El proyecto presentado por el Consejo General del Notariado (CGN) ha desarrollado un procedimiento de firma que responde a dos principios: neutralidad tecnológica y seguridad técnica y jurídica.

El proyecto distingue dos supuestos:

-Otorgante que dispone de firma electrónica cualificada (FEC) de cualquier operador público (DNI 3.0) o privado: en estos casos, el otorgante podrá utilizar dicha FEC, firmando electrónicamente desde su móvil, tablet o PC el documento en presencia del notario por videoconferencia en la sede electrónica notarial. El notario dará fe de ello en la escritura o acta.

-Otorgante que no dispone de firma electrónica cualificada: lógicamente, como sucede en cualquier sede electrónica de cualquier administración pública, se debe arbitrar un procedimiento para que dichas personas puedan firmar el documento respetando el principio de neutralidad tecnológica.

Y en el proyecto presentado esto se consigue proporcionando de forma gratuita un medio electrónico para que el otorgante confirme el consentimiento prestado, que podrá ser cualquiera de los previstos en el artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En todo caso se trata de un dispositivo electrónico de un solo uso que el notario envía al móvil o dispositivo del otorgante, y que éste utilizará para firmar en presencia del notario mediante la videoconferencia

En definitiva, el sistema es doblemente respetuoso:

-tanto en relación con los operadores públicos o privados que proporcionan firmas electrónicas, ya que permite su utilización en la SEN,

-como en relación con el ciudadano, ya que aplicando el principio de neutralidad tecnológica el sistema no obliga al ciudadano a ningún coste ni por entrar en la Sede Electrónica Notarial ni por darse de alta ni por firmar.

En cualquier de las dos opciones de firma electrónica vistas, la firma electrónica es incorporada de forma inmediata a la escritura.

g) Autorización del notario con su firma y signo: Una vez firmada electrónicamente por el otorgante, el notario de forma inmediata podrá imprimir la escritura en su oficina para firmarla y signarla, procediendo de la misma forma que con cualquier otra escritura

h) Envío de copias electrónicas: tratándose de pólizas bancarias, el notario enviará de forma inmediata una copia (llamada traslado en nuestro reglamento) al banco para que libere los fondos del préstamo al consumidor o empresario y éste pueda hacer uso de ellos.

Tratándose de poderes o nombramiento de cargos representativos, el notario depositará de forma inmediata una copia autorizada electrónica de los mismos en el portal notarial.

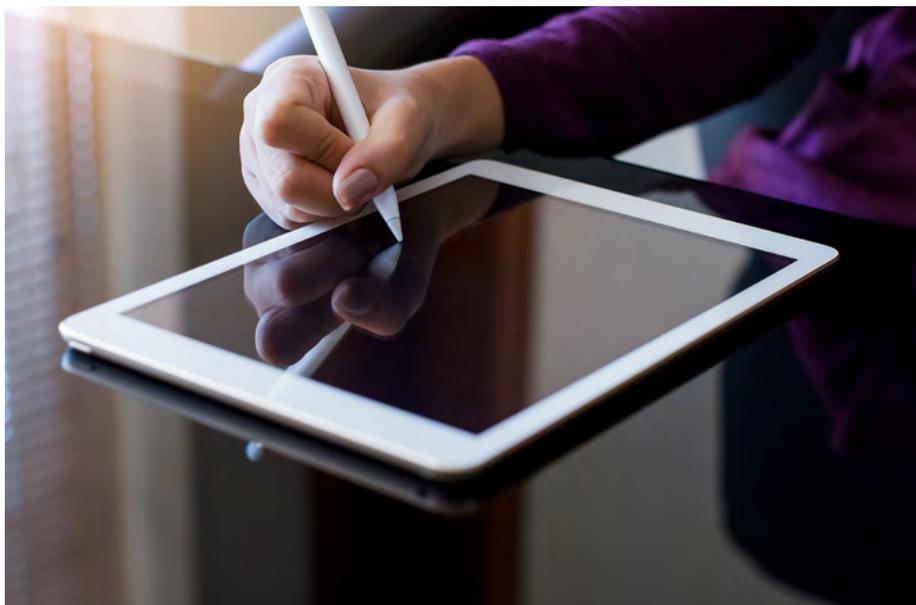
Conclusión

Esta ha sido la explicación del sistema de autorización notarial de escrituras y actas por videoconferencia en la sede electrónica notarial propuesto por el Consejo General del Notariado al Ministerio de Justicia el 11 de abril de 2020.

Esa **propuesta fue enviada al Ministerio el mismo día 11 de abril** para su elevación urgente a cualquier Consejo de Ministros celebrado durante el estado de alarma en los meses de abril a junio, solicitando su incorporación a cualquiera de los Reales Decretos Leyes que se aprobaron por razones de urgencia.

Como hemos visto, el estado de la técnica y la experiencia telemática de la sede electrónica notarial durante más 15 años dotan al sistema propuesto de una seguridad técnica y jurídica plenamente contrastada.

Aunque no hubiera existido la pandemia del Coronavirus, dicho sistema de videoconferencia era necesario



introducirlo ya en la práctica notarial. De hecho, ya antes del inicio de la pandemia, se realizó una presentación pública de la constitución telemática de sociedad por medio de videoconferencia ante notario.

La pandemia provocó la urgencia de aprobar cuanto antes dicho sistema por dos razones fundamentales:

a) Seguridad sanitaria: evitar traslados y reuniones de personas en notaría que pueden aminorarse con un otorgamiento por videoconferencia.

b) Evitar la marginación jurídica de las personas que por razones de edad y enfermedad o situación de riesgo o internamiento en residencias no pueden ni desplazarse a la notaría ni recibir la visita de un notario en su casa o residencia.

Con toda la intención, al enumerar la lista de actos que podrían otorgarse por videoconferencia ante notario según el proyecto presentado por el CGN al Ministerio de Justicia he dejado para el final, para esta conclusión, **el testamento notarial por videoconferencia en caso de epidemia.**

Las personas de avanzada edad o con enfermedades con inmunodepresión, internadas muchas en residencias, han visto con angustia cómo no podían ni ir a la notaría ni recibir la visita de un notario para, por ejemplo, otorgar un testamento en el que nombrar heredera a la hija que les ha cuidado durante la última etapa de su vida y desheredar al hijo que hace muchos años les abandonó.

Son personas, la mayoría pensionistas, sin acceso por razones económicas a asesores privados, a los que se les ha privado del funcionario notarial que el Estado ha puesto a su servicio para ello, el notario, y todo por no haber sido aprobada de forma urgente una ley que regule la autorización notarial por medio de videoconferencia.

Ese colectivo de personas, que salvo algún caso puntual tampoco son juristas, o bien no han podido hacer testamento o lo han hecho ellos solos (el testamento ológrafo) o ante testigos (testamento en caso de epidemia) sin recibir el asesoramiento institucional y la seguridad jurídica que les podría haber prestado el notario.

Por eso, algunos de esos testamentos privados serán nulos (como los dos que han llegado a mi notaría), o se extraviarán, o sobre todo, no reflejarán la voluntad real de los testadores y terminarán siendo fuente de conflictos judiciales. Muchos testadores que no hayan fallecido durante el estado de alarma terminarán rompiendo sus nulos testamentos privados y otorgando testamento notarial. Pero la ley debe amparar también a las personas que han fallecido y fallecerán durante el estado de alarma o la pandemia regulando de forma urgente el otorgamiento notarial por videoconferencia.

Confío en que, por todas las razones éticas, de interés y utilidad pública y por la seguridad técnica y jurídica del proyecto presentado al Ministerio, pronto se aprobará una reforma urgente progresista de la Ley del Notariado que regule el otorgamiento notarial por videoconferencia.

Ley 8/2021 de 2 de junio

La problemática y ambigua remisión a la curatela en el poder preventivo



Josep María Valls i Xufré
Notario de Barcelona

La Ley 8/2021 vigente a partir del 3 de septiembre de 2021, en su artículo 259, sujeta al apoderado a las reglas aplicables a la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa y, entre esas reglas, figura la autorización judicial (art.287 CC) para actos de administración extraordinaria.

La autorización judicial generará problemas de interpretación, conflictos intertemporales, interregionales, e internacionales. Además es inexplicable si se tiene en cuenta que no es exigible en el poder ordinario que estará vigente mientras no sea revocado, o se acabe por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, (...), (art. 1732, 5º CC). Todo ello es consecuencia de un error inicial en el planteamiento de los apoyos a la discapacidad en los que la curatela era la base de todo el conjunto institucional, gracias a las críticas

doctrinales la balanza se ha ido desplazando hacia un enfoque más voluntarista pero ha persistido ese enfoque inicial a través de la autorización judicial en la regulación del poder preventivo.

No voy a entrar aquí en otros temas, como la rendición de cuentas (art.292 CC), el inventario (art.285 CC) o revisión periódica (art.270 CC) respecto de los que puede discutirse su aplicación, centrándome aquí, en la autorización judicial.

En la práctica, los tribunales se hallan totalmente desbordados y no se vislumbra la posibilidad de que esto cambie. **El buen criterio de los notarios mediante su consejo informado pondrá de relieve, en cada caso, las ventajas e inconvenientes de mantener la autorización judicial prevista en la Ley o excluirla, sustituyéndola por una supervisión extrajudicial.**

PROBLEMAS DE PLANTEAMIENTO

I. Utilidad

¿Para qué sirve en la práctica un poder preventivo general si con un poder general ordinario se consigue el mismo resultado sin necesidad de autorización judicial?

Se dirá que para evitar la constitución de una curatela o la adopción de otras medidas de apoyo voluntarias al ejercicio de la capacidad jurídica.

Réplica: El poder general ordinario, es decir el que otorga al apoderado todas las facultades legalmente delegables, tanto personales como patrimoniales cubre todas las necesidades vitales del poderdante y no queda sujeto a las normas de las medidas de apoyo y por tanto a la autorización judicial.

En realidad en un poder ordinario nunca ha hecho falta establecer su

subsistencia a pesar de la discapacidad sobrevinida del otorgante pues de conformidad con el anterior 1732CC no se extinguirá el mandato hasta la incapacitación del poderdante y ahora hasta “la constitución en favor del mandante de la curatela representativa” que viene a ser lo mismo.

II. La paradoja de la autorización judicial en el poder con cláusula de continuidad

Artículo 259: Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.

Si a un poder ordinario se le añade una cláusula de subsistencia para caso de discapacidad lo estamos convirtiendo en un poder preventivo, pero **la autorización judicial ¿desde cuándo es necesaria:** desde el mismo momento de otorgamiento del poder o solo a partir del momento en que el poder ordinario se convierte en preventivo por haber sobrevinido la causa de discapacidad? ¿Quién decide cuando ha llegado ese momento? En un poder preventivo puro queda muy claro puesto que el poderdante ha establecido las circunstancias a partir de cuyo momento será vigente, pero en el poder con cláusula de subsistencia en caso de incapacidad no hay necesidad de establecer ese cuando, pues el poder es vigente desde su otorgamiento. ¿Habrá que plantearse la necesidad de que el poderdante haga alguna previsión al respecto?

Quizá, este sea el momento oportuno para volver a la concepción anterior de **extinción del mandato por la discapacidad natural de uno de los otorgantes:**

De ahí nuestra tradicional fórmula notarial al enjuiciar la suficiencia y legitimidad del poder: “(...) el representante manifiesta que el poder no le ha sido revocado, modificado o condicionado y no han variado las circunstancias personales del poderdante (...)”.



Esas “circunstancias personales” no se refieren solamente al domicilio, estado civil o dirección, sino también a su capacidad para conocer la trascendencia del acto que está ejecutando su apoderado.

No cabe aducir que el mandato es un contrato bilateral y el poder, en cambio, es un acto unilateral. El poder es la externalización del mandato, es simplemente un instrumento de legitimación frente a terceros.

Puede ser que alguien otorgue poder a otro sin que éste ni tan siquiera lo sepa; correcto, estaremos ante un acto unilateral, pero si el apoderado lo acepta, se convertirá en bilateral. No hará falta que haya una aceptación expresa; la aceptación podrá ser tácita, lo que ocurrirá por el simple ejercicio del poder. Pero tanto en un caso como en el otro, el mandato cobra realidad y se regirá por las normas del contrato de mandato establecidas en el CC, como contenido mínimo de esa relación.

El legislador debería haber impuesto la extinción del mandato desde que el apoderado tenga conocimiento de que el poderdante sufre de una discapacidad tal que no puede darle instrucciones ni exigirle la rendición de cuentas por sí mismo. En este sentido cabría añadir que a partir de ese momento el mandatario o apoderado ordinario debe poner todo su empeño en que se otorguen las correspondientes medidas de apoyo voluntarias o judiciales (todo ello sin perjuicio de que mientras tanto deba continuar con su gestión, como impone el artículo 1.737).

Si los acuerdos otorgados por personas con una cierta discapacidad implican facultades representativas, debe considerarse que quien presta apoyos representativos tiene la condición de apoderado y, por tanto, sujeto a la remisión, a la curatela y por ende a la autorización judicial. Como notarios tengamos en cuenta esta circunstancia para aconsejar debidamente y que se contenga en el documento si se excluye o no la autorización judicial y demás reglas de la curatela que deberían ser sustituidas por unas medidas extrajudiciales, para garantizar que autorizamos un acuerdo que cumple con el fin para el que se otorga.

III. Constancia Registral

Otro problema de planteamiento, en la relación entre poder o mandato ordinario y poder o mandato preventivo, **es que únicamente se inscriben en el Registro Civil los preventivos.** El número 10º del artículo 4 de la LRC contempla la inscripción de “Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”. A continuación el 11º se refiere a las resoluciones judiciales firmes. Todo ello de acuerdo con el artículo 300 CC cuya redacción es: “Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil”.



Desde luego lo mejor de la reforma es la concepción del Registro Civil como la pieza central del sistema de publicidad de las medidas de apoyo tanto judiciales como extrajudiciales.

El acceso telemático directo a la información contenida en los asientos registrales es el mejor instrumento para garantizar el triunfo en la práctica de las medidas de apoyo y su eficacia con relación a terceros así como su principal garantía. Efectivamente en el primer párrafo del artículo 84 LRC se dice que "... las administraciones públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos... cuando en el ejercicio de sus funciones deben verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo".

Insistiendo en la conveniencia de extinción del mandato por discapacidad sobrevenida, pensemos que un poder general ordinario no será objeto de inscripción en el Registro Civil mientras que un poder preventivo sí, tanto si es general como especial. Solo si al poder le añadimos la cláusula de subsistencia y lo convertimos en preventivo accederá al Registro. Como siempre nos tocará a los notarios, llevar el peso de la efectividad práctica de las normas adaptándonos a ellas, de tal forma que si el poderdante tiene la idea de que ese poder subsista hasta su muerte, deberemos aconsejar la forma preventiva para que pueda tener acceso a la publicidad registral tan anhelada por nuestra profesión para mayor seguridad del tráfico jurídico del que somos el principal garante.

En cuanto al Registro de la Propiedad, **la nueva ley suprime el Libro de incapacitados y, en su lugar, se crea el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles.** No se van a plantear problemas, pues el artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone al letrado de la Administración de Justicia la comunicación al Registro Civil de las sentencias y resoluciones judiciales en materia de apoyos, pero "solo a instancia de parte en otros Registros públicos como el de la Propiedad, el Mercantil o el de Bienes Muebles".

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

La nueva ley recoge las dos clases de poderes preventivos tradicionalmente contemplados por la doctrina.

El poder preventivo de efectividad inmediata a que se refiere el nuevo artículo 256 CC diciendo que "el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad".

El poder preventivo puro o de eficacia diferida, en el que el apoderado empieza a ejercer su cargo cuando se da la situación de discapacidad del poderdante. Artículo 257: "El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuere preciso, acta notarial que, además del juicio del notario incorpore un informe pericial en el mismo sentido".

Para ambas modalidades el artículo 259 CC establece que "cuando el poder comprenda todos los negocios del poderdante quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa"

Para ambas modalidades el artículo 259 CC establece que "cuando el poder **comprenda todos los negocios del poderdante** quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa".

Efectivamente, en virtud de la remisión a la curatela, a partir del día 3 de septiembre de 2021, si el poderdante no ha hecho exclusión de la autorización judicial, será de aplicación el artículo 287 que la exige al curador para los actos que determine la resolución judicial y, **en todo caso**, para los siguientes:

1º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no puede hacerlo por sí misma, etc.

Continúa la enumeración con los tradicionales actos de administración extraordinaria o de disposición de bienes inmuebles

o de bienes muebles de extraordinario valor que evito transcribir.

El legislador, sin ninguna definición **nos plantea el problema de concretar qué debe entenderse por "comprenda todos los negocios del poderdante"**. Podrá decirse que se trata del típico poder general pero todos sabemos lo difícil que ha sido determinar las facultades que comprende un poder general, las discusiones doctrinales y jurisprudenciales que ha originado. Me remito a mi artículo: "Poder general versus Poder concebido en términos generales, en la revista La Notaría número 2-3/2016.

No le veo razón alguna para distinguir entre un poder preventivo general y un poder preventivo especial o limitado a determinadas facultades personales o patrimoniales del poderdante. Si lo que el legislador quiere es que el poder preventivo se rija, en todo lo no previsto por el poderdante por las normas de la curatela, lo cual me parece muy correcto, ¿qué ocurre con el poder que no comprende todos los negocios del otorgante?

En realidad, el legislador contempla únicamente la necesidad de autorización judicial para los poderes absolutamente generales, es decir aquellos en los que el poderdante otorga al apoderado todas las facultades legalmente delegables, puesto que cuando se otorga un poder especial para un negocio jurídico se supone que el poderdante adoptará las medidas de salvaguarda que estime convenientes.

PROBLEMAS INTERTEMPORALES

La nueva ley, en su disposición transitoria tercera establece que "los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del código civil". Entre las normas excluidas está la relativa a la autorización judicial prevista para la curatela en el artículo 287.

Esta disposición transitoria evita que se exija la autorización judicial al apoderado cuando se trate de poderes preventivos otorgados bajo el imperio del artículo 1732 del código civil, es decir antes del 3 de septiembre de 2021.

Por tanto, a partir de ahora habrá que distinguir entre poderes otorgados antes o después del 3 de septiembre a los efectos de la autorización judicial del nuevo artículo 287 CC. A partir de esa fecha es evidente que si el poderdante quiere exonerar al apoderado de dicha autorización judicial deberá hacerlo expresamente.

Pero en España hay poderes preventivos que se otorgan con arreglo a otra legislación civil, como por ejemplo la catalana, en la que como consecuencia de la entrada en vigor del libro Segundo del CCCat hay que distinguir entre los poderes otorgados antes del 1 de enero del año 2011 y los posteriores. Los otorgados antes de dicha fecha como quedaban sujetos a lo establecido en el Código Civil común y no puede tenerse en cuenta la exigencia de la autorización judicial que establece el artículo 222-44 CCC. El artículo 109 del Código de Derecho Foral de Aragón y la Ley 49 del Fuero Nuevo de Navarra, contemplan también el poder preventivo sin imponer ninguna autorización judicial.

Para completar el dantesco panorama que se augura, tengo que anunciar que como ponente en materia de poder preventivo del proyecto catalán de reforma para la adaptación de la legislación al Convenio de Nueva York, **he propuesto la exclusión de la autorización judicial (salvo que la imponga el poderdante) y en su lugar mi propuesta es la de una supervisión extrajudicial que el otorgante establecerá en cada caso.**

PROBLEMAS INTERREGIONALES E INTERNACIONALES

Ante todo hay que plantearse la cuestión de si el otorgamiento de un poder preventivo y, en general, de un acuerdo voluntario de apoyo debe someterse a la ley del lugar donde se otorga o a la ley nacional del otorgante o la de su residencia. En nuestro país, el problema se complica con las distintas vecindades civiles y la cuestión es si debe prevalecer la vecindad o la residencia habitual del poderdante. **Así como en sucesiones soy un firme partidario de la vecindad civil del causante, en materia de acuerdos voluntarios de apoyo me inclino por la residencia habitual del otorgante**, es decir, que el otorgamiento se verifique de acuerdo con la legislación más inmediata a la persona necesitada de apoyo.



Una vez otorgado el poder o el acuerdo voluntario de apoyo podemos preguntarnos qué pasará con los cambios de residencia, si el poder se otorgó con arreglo a una legislación que no contempla la autorización judicial y la ley de la nueva residencia la exige. La misma cuestión respecto de los extranjeros.

El nuevo artículo 9.6 CC en su segundo párrafo puede inspirar la solución pero no resuelve la problemática que genera la autorización judicial: "La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio de reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros estados...". Este precepto podría haber sido más preciso y haber recogido el Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos, elaborado en el año 2000 por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado que España, inexplicablemente, no ha ratificado. En su artículo 15 se establece una fórmula de *professio iuris* en el otorgamiento y que: "... la existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, en virtud de un acuerdo o por un acto unilateral, para ejercitarse cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual

del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral", pero permitiendo al otorgante elegir también la ley de su nacionalidad, la del Estado de una anterior residencia habitual o la del Estado donde se encuentren situados los bienes respecto de ellos. Se resolvería así el problema de la autorización judicial exigida en unas leyes y otras no.

Para mí, **la cuestión fundamental es determinar la ley aplicable al poder preventivo en el momento de su otorgamiento**, la ley que configurará la institución de forma definitiva, estableciendo las medidas de control a la actuación del apoderado y los órganos encargados de ello, puntos que afectan no solo al poderdante sino también a los terceros y a la seguridad del tráfico jurídico en general. Además, el poder debe ser lo más completo posible y, tanto si es general como especial, debería contener las instrucciones pertinentes para que no sea necesario acudir a normativas supletorias que, por razón de cambios de residencia, pueden ir variando.

Por todo ello, **el buen hacer y el consejo notarial van a ser decisivos para lograr la efectividad del Convenio de Nueva York**, configurando unos instrumentos completos que eviten problemas de interpretación y aplicación.

Análisis de propuestas digitales de futuro para la función notarial^(*)



Miguel Roca Bermúdez de Castro
Notario de Canet de Mar

Quiero empezar delimitando el ámbito de mi exposición. No va a ser un listado de soluciones milagrosas; no va a ser una exposición detallada del estado de diferentes cuestiones tecnológicas en cada uno de los estados de nuestra Unión Notarial.

Hace ya un tiempo que dejé de ostentar cargos corporativos directos en gestión de estas cuestiones tecnológicas afectantes al ejercicio de la profesión de notario. Por ello, no voy a efectuar ninguna de las exposiciones del tipo de las que he mencionado.

Por otra parte, sí **he estado durante mucho tiempo vinculado al desarrollo de cuestiones tecnológicas vinculadas al ejercicio notarial**. Y lo he estado desde los casi albores de esas cuestiones tecnológicas en red para el ámbito notarial. Eso me ha dado una perspectiva en el tiempo, que, aderezado por la experiencia, por las

desilusiones de grandes expectativas que nunca se cumplieron, por grandes proyectos que se nos ofrecían como herramientas milagrosas, por la feliz alegría de pequeños proyectos que cristalizaban en magníficos resultados inesperados, y por tantas y tantas experiencias, que me han permitido inducir una serie de grandes objetivos estratégicos a cumplir y de procedimientos de actuación para alcanzar esos objetivos. También de caminos que debemos evitar para alcanzar los fines que nos proponemos.

En definitiva, voy a hablaros de **grandes objetivos estratégicos que podemos alcanzar gracias al estado actual del estado de lo tecnológico**. Objetivos que, creo, no podemos dejar de pretender pues los ciudadanos ya demandan unos servicios que debemos estar en disposición de atender. Al mismo tiempo iré desgranando **vías**

de actuación que deberíamos considerar para alcanzar esos grandes objetivos.

En relación a los grandes objetivos estratégicos, realmente podría llegar a destilar de todos ellos un **objetivo fundamental: la integración entre todos los notarios**. Tanto a nivel nacional de cada Estado miembro como entre los diferentes notariados de cada uno de los países que integran nuestra unión.

La actuación de cada uno de nosotros, como notario que actúa localmente en su despacho y en un ámbito físico limitado, está siendo desbordada por la realidad. **La sociedad necesita más, mucho más**. Los ciudadanos concretos necesitan y nos demandan más, mucho más. **Y eso no lo puede ofrecer el notario aislado, pero sí lo puede hacer el Notariado integrado**. Ojo, eso no supone desmerecer el valor de esa

^(*) Ponencia presentada en la reunión de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado del 13 de noviembre de 2020 en el Colegio Notarial de Cataluña

actuación singular de cada Notario. Bien al contrario, esa **actuación individual** con altos estándares de conocimientos técnico-jurídicos y con una enorme credibilidad percibida socialmente ha sido, y **seguirá siendo, el núcleo base de toda la estructura conjunta del Notariado Integrado**. Es la célula. Y lo que hemos de conseguir es que esa célula no sea una más de un millón en una placa de Petri, piezas inconexas; sino una pieza de un conjunto mayor, un organismo complejo como un ser humano; un organismo superior que permite ofrecer a la sociedad tanto los servicios que veníamos prestando hasta ahora como notarios individuales, como nuevos servicios nacidos precisamente de esa actividad conjunta e integrada.

Permitidme que descienda a un ejemplo sencillo y muy práctico para ilustrar lo que he dicho en términos genéricos: **la cuestión de la representación, su dinámica y su acreditación**.

Hoy en día, en muchos países, como pasa en el nuestro, cualquier representante (ya sea voluntario, nacido de un poder, orgánico, como miembro de un órgano de representación corporativo, o legal, como un tutor respecto de un incapaz), debe llevar en su mano un documento físico acreditativo de esa representación. Debe llevar la copia autorizada de la escritura de poder, de la escritura de su nombramiento como administrador de una sociedad o el documento judicial acreditativo de su nombramiento como tutor. Hoy en día, esta exigencia de ir con el documento físico de notaría en notaría parece totalmente anacrónico en un mundo en que casi todo se comprueba con un teléfono móvil o una tableta o un ordenador contra una base de datos confiable que asegure la existencia de ese documento y su contenido.

¿Para qué hacer ir a nuestros clientes con documentos físicos que pierde, que olvida, que tiene que movilizar físicamente y hacer viajar por medios físicos (correos, mensajeros...)?

No parece muy difícil imaginar que todos esos documentos de representación consten en una base de datos accesible por cualquiera de nosotros para comprobar tanto su existencia como su contenido. Hace tiempo que eso está a nuestro alcance.



Por otro lado, esa representación puede haber sufrido modificaciones respecto el momento inicial en que nació; es más, puede llegar a no seguir existiendo porque ha sido revocada. Hoy en día aún tenemos que seguir recogiendo la declaración del representante alegando la subsistencia de su representación.

Tampoco parece muy difícil imaginar que todos los eventos que afecten a esa representación, su modificación, ampliación, incluso su revocación, consten en esa misma base de datos integrada y accesible por cualquiera de nosotros.

Hoy en día, **no contar con esa base de datos generalizada, transnacional y garantizada por un organismo confiable -el Notariado- es quizá el ejemplo más claro de la necesidad y urgencia de nuestra integración.** Es una necesidad que la ciudadanía pide a gritos. La gente más joven no concibe tener que seguir yendo con un documento físico en la mano; no concibe que desde una Notaría no se pueda acceder a su documento de representación; no concibe que el Notario no pueda comprobar su contenido, asegurarse de que sigue siendo vigente y que no ha sufrido revocación alguna.

Un cliente ha de saber que una vez un Notario ha autorizado su poder, éste es accesible desde cualquier notaría, comprobable por el notario ante el que se usará el poder y asegurando, al propio tiempo a la otra parte del negocio, que la representa-

ción que alega el apoderado es real, suficiente para el acto que se va a autorizar y totalmente vigente.

La ciudadanía ha de percibir que cualquier documento autorizado por un notario se integra en una **nube jurídica de total confiabilidad jurídica**. Creada, sostenida y mantenida por una institución pública de alta confianza: el Notariado.

Yendo más allá del ejemplo concreto que he expuesto de la representación, se trata de ir creando una **nube jurídica segura multidocumento** filtrada en su acceso por personal altamente cualificado y dotado de autoridad pública (cada Notario singular) y mantenida en su infraestructura por el órgano que dirige y organiza el Notariado como corpus, y actualizada por cada Notario singular.

La mera existencia de esa **"nube documental notarial segura"** dará lugar a una clara discriminación: los documentos que están en esa nube y los que no lo están. Entre estos últimos se encontrarán documentos de representación de naturaleza privada que no han sido sometidos a un filtro formal y material de control de legalidad y también documentos de origen notarial que han pasado ese filtro, pero que no se hayan incorporado a esa nube y sigan circulando en el tráfico en soporte papel como se viene haciendo hasta ahora. **No se trata de prohibir nada**, ni las representaciones en documentos privados, ni los documentos notariales clásicos circulantes en papel.



Todo lo contrario, se trata de crear un nuevo género documental plusquamperfecto: creado por un órgano con alta formación jurídica y autoridad delegada del Estado (el notario), conservado como siempre hemos hecho, aunque ahora ya no únicamente por el notario creador del documento, sino por la propia organización notarial gestora de la base de datos, accesible por aquellas personas a las que se pueda considerar legitimadas para ese acceso (obviamente todos y cada uno de los notarios, pero además organismos con los que colaboramos, como los diferentes organismos nacionales de prevención de fraude fiscal o de blanqueo de capitales). Ese documento, desde que nace, mientras se utiliza y hasta que muere, está bajo el paraguas de seguridad del Notariado. No sólo al nacer, sino en todo momento. Y además accesible instantáneamente por un notario, el propio cliente que hizo nacer el documento, personas a las que él pueda dar ese acceso por un motivo legítimo u organismos con los que colaboramos como cuerpo.

Como ya he dicho, esa **nube jurídica notarial segura** es perfectamente extensible a muy diversos ámbitos de derechos y de bienes tangibles e intangibles sobre los que creamos escrituras. El ejemplo que he dado de la representación es meramente un ejemplo de un tipo de documentos notariales que pueden acceder a esa nube.

Otro ejemplo serían los documentos asociados a creación, transmisión y supresión de participaciones o acciones de entidades no cotizadas. Hay un claro interés público en conocer el completo mapa accionario de las personas jurídicas. El propio GAFI, en su lucha contra el blanqueo de capitales, aspira a que las instituciones represoras del blanqueo de cada país miembro cuenten, como herramienta fundamental, con un conocimiento real y efectivo de ese mapa accionario. Pero no sólo hay ya un interés público en contar con esa información integrada. Los propios particulares nos lo demandan en nuestras notarías desde hace años. Todos tenemos en nuestras notarías clientes que cuentan con un buen número de sociedades de índole familiar, que después de matrimonios, divorcios, nacimientos de hijos y otros eventos familiares asociados a movimientos de participaciones sociales, ya no saben ni qué participación tiene cada uno de los miembros de la familia en todas y cada una de las sociedades. Nos

preguntan a nosotros... que hacemos lo que podemos indagando en nuestros protocolos y sin poderles dar una respuesta absolutamente veraz pues no podemos saber si ha habido alguna transmisión de participaciones que no se ha verificado en nuestra notaría.

No puedo concluir esta parte de mi exposición sin preguntarme en voz alta ¿Cuándo ponemos la primera piedra de esa nube jurídica? ¿Cuándo nos dotamos de un embrión de órgano dedicado al diseño, gestación, desarrollo y mantenimiento de esa nube jurídica?. Y me refiero a hacerlo a nivel transnacional. No únicamente a nivel nacional. Nosotros, **el Notariado español, ya nos dotamos hace años de una herramienta para todas nuestras necesidades tecnológicas: ANCERT**. Ha ido creciendo a medida que nuestras necesidades tecnológicas asociadas a la acción concertada de todo el notariado español iban también creciendo. En cierto modo nosotros, a nivel nacional, ya tenemos esa "nube" que nutre a diferentes administraciones fiscales, catastrales, de prevención de blanqueo, etc. Eso sí, resulta paradójico que sean terceros (administraciones y organismos como los que he indicado) los que aprovechen el fruto de nuestra integración, y no lo hagamos nosotros mismos creando esa nube jurídica notarial segura que permitiría extender a todos los ciudadanos los beneficios de nuestra integración.

A modo de embrión de ese organismo transnacional dedicado a la creación y mantenimiento de esa "nube jurídica segura europea" quizá podríamos utilizar inicialmente parte de los recursos de ANCERT. Una vez ese embrión de organismo técnico-jurídico alcance tamaño e inercia podrá desligarse de ANCERT, contando con sus propios medios y recursos, técnicos y humanos

A modo de embrión de ese organismo transnacional dedicado a la creación y mantenimiento de esa "nube jurídica segura europea" quizá podríamos utilizar inicialmente parte de los recursos de ANCERT. Una vez ese embrión de organismo técnico-jurídico alcance tamaño e inercia podrá desligarse de ANCERT, contando con

sus propios medios y recursos, técnicos y humanos. Dado el evidente interés público transnacional de esa "nube jurídica segura europea" veo muy razonable y de justicia **recabar ayuda de aquellos estados miembros cuyos notariados deseen formar parte -y pagar- el arranque, creación y mantenimiento de ese espacio virtual jurídico seguro de ámbito europeo**.

Hasta ahora he hablado de un **objetivo** a alcanzar: **la integración notarial europea como medio para dar un salto disruptivo en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva que el viejo continente ofrece a sus ciudadanos y empresas**.

También he apuntado una **herramienta** para conseguirlo: la creación de esa "**nube jurídica segura transnacional**" y de una sugerencia para arrancarla.

Y ahora voy a hablar de **diferentes caminos** a seguir para alcanzar el objetivo utilizando la herramienta apuntada.

Para ello me voy a permitir echar la vista hacia atrás.

Tradicionalmente, cuando se trataba de arrancar un proyecto jurídico que implicara una modificación del "statu quo" preexistente inspirado en una mejora para el futuro, solía recorrerse un largo camino que más o menos solía contar con todos o algunos de estos pasos: 1.-definición de la idea, 2.- circulación de la idea en ámbitos técnico jurídicos cualificados para someter esa idea a una suerte de "test de stress" para ir perfilándolo; primero en círculos más íntimos del ámbito jurídico concernido (en nuestro caso en círculos notariales), y luego abriendo la idea a los restantes ámbitos jurídicos. 3.- exploración de la viabilidad política de la elaboración de las normas precisas para ese cambio. 4.- desarrollo legislativo en si y cristalización de la norma jurídica, si ha habido suerte hasta ese momento. 5. Explicación a todo el cuerpo jurídico destinatario de la norma de su sentido y forma de ejecución. 6. Implementación en la práctica de la nueva idea ya cristalizada en norma jurídica.

Ciertamente un proceso largo, muy largo y que, en muchas ocasiones, y por razones diversas (algunas fundadas y otras totalmente incomprensibles), jamás alcanzaba su fin. El cajón de los "buenos proyectos" que no vieron la luz en dife-

rentes momentos del pasado está lleno. Lo triste es ver que, hoy, con la perspectiva que da el paso de los años, alguno de esos proyectos no estén hoy en pleno desarrollo y operatividad. El ejemplo más palmario es el que he puesto al principio: la “nube jurídica segura de representaciones”.

Este proceso clásico de llevar a la práctica ciertas buenas ideas de avance de la seguridad jurídica preventiva, no digo que no sea bueno, y en algunos casos absolutamente imprescindible; simplemente avanzo que no tiene por qué ser la única vía de avance, la única vía de llevar a la práctica ciertas buenas ideas. Como casi todo en la vida, diferentes problemas suelen tener diferentes formas de solución.

Hay ideas muy novedosas y disruptivas que precisan de un largo proceso de reflexión. Hay otras que ya están asumidas en la práctica diaria de mil y una manera diferentes pues atienden a una necesidad real y palpable ya, y que por ello ya no precisan de ese proceso de reflexión y “digestión”.

Hay ideas que precisan de una herramienta normativa imperativa con todo lo que implica su gestación. Hay otras ideas que no precisan tal herramienta normativa y son susceptibles de encajar en normas ya vigentes. Y por último, hay ideas que planteando dudas de la suficiencia de las herramientas normativas vigentes, son fácilmente implementables sobre la base de la libre voluntad de la persona usuaria de los servicios notariales.

Insisto, **en la incorporación a esa “nube jurídica segura europea” de cierto tipo de documentos notariales será imprescindible la previa elaboración de una norma jurídica** (con más o menos variantes en cada Estado miembro), **pero, en la mayoría de las ocasiones ello no será necesario y se podrá aprovechar la normativa ya existente o ésta y, además, la voluntad expresa del usuario de servicios notariales.**

La libre voluntad del usuario de servicios notariales es la “gran herramienta” que permitirá crear la mayor parte de esa nube notarial. Ya lo dije antes: no se trata de prohibir nada, sino de ofrecer alternativas. De ofrecer al usuario de servicios notariales un servicio adicional que le genere una mejora en términos de segu-



ridad para él y también para todo el que contrate con él.

Descendiendo de nuevo al ejemplo práctico anterior. Puedo ofrecer al usuario del servicio notarial la creación de un documento de representación (un poder, por ejemplo) como los actuales, circulando en formato papel y sin posibilidad de consulta “on line” ni en su contenido ni en las mutaciones que pueda haber sufrido. Pero también debo poderle ofrecer a ese usuario la creación de un documento de representación (ese mismo poder) circulando en formato electrónico, sin precisar llevarlo en mano en formato físico, consultable “on line” y con la garantía de saber en esa misma consulta, al momento, si ese documento ha sido modificado o revocado. El usuario decide. Es su libre elección.

En el ejemplo que estoy repitiendo (el documento de representación que se pretende incorporar a la “nube jurídica segura notarial europea”), **los principales inconvenientes que hoy en día surgen, proceden de normas destinadas a la protección de la intimidad de ese mismo usuario, como las relativas al secreto del Protocolo.** Parece lógico pensar que si las dificultades a la incorporación a la nube de un poder estriban en la protección al usuario de su intimidad, sea él mismo el que decida hasta dónde realmente desea esa protección y hasta dónde considera que esa pretendida protección le está causando un mal mayor que la ventaja que

obtendría al incorporar el documento a la nube. Es el propio usuario el que, en ejercicio de su libertad, decide si el poder circula a la antigua (en papel) o si se incorpora a la nube.

Y es que **en la clásica disyuntiva entre seguridad y celeridad, la naturaleza de cada documento determina diferencias esenciales.**

No es lo mismo un documento de representación cuya vocación es ser visto y utilizado frente a terceras personas, que un documento de naturaleza intimísima como una disposición testamentaria. En el primer caso -un poder- estamos ante un documento nacido para circular, en el segundo -el testamento- estamos ante un documento nacido para conservarse en el discreto silencio del Protocolo hasta el momento de su apertura. Parece obvio que el “secreto del Protocolo” no deba operar igual para estos dos tipos de documentos.

Por otra parte, hoy en día, **con el documento en esa nube jurídica segura podemos modular mejor el acceso al documento notarial incorporado a esa nube.** Debemos hacerlo de acuerdo con la normativa ya existente sobre interés legítimo para el acceso a los documentos notariales, pero podemos hacerlo también y “ab initio” sobre la base de la voluntad de usuario, quien, ya al otorgar el poder debe poder definir ciertos parámetros de acceso. Se trata de dar más juego a su libertad para



que pueda obtener más partido de ese documento notarial.

Vuelvo al repetido ejemplo del poder incorporado a la nube. El acceso a ese documento está ya regulado por la misma normativa hoy vigente y muy probada y asentada sobre el interés legítimo a la copia del documento. Pero **debemos dar más juego a la libertad del individuo para que pueda definir más parámetros de acceso a ese documento**. Por ejemplo, puede definir que pueda tener acceso al mismo, siempre y en cualquier momento, una determinada Administración con la que constantemente tiene que contratar. O puede definir “ex ante” una serie de personas físicas o jurídicas a las que permite ese mismo acceso mediante unas credenciales electrónicas determinadas (claves tipo usuario-password, firma electrónica, etc.). Con la incorporación a esa nube, también sería posible proporcionar a ese usuario información de aquellas personas o instituciones que han accedido a su documento. Hoy en día, en el documento en papel podría hacerlo examinando las notas de expedición de copia del Protocolo. ¿Por qué no dejar que cada acceso quede automatizadamente constatado en el documento a modo de “nota de expedición de copia” y que el titular del documento pueda comprobar cuántos accesos ha tenido su documento y por parte de quién?

Dejemos al usuario del servicio notarial que elija. No le impongamos nada; démosle alternativas y que él o ella elijan. Su libre voluntad es la clave.

Y con ello vuelvo al inicio de esta parte de mi exposición: la existencia de diferentes caminos para alcanzar el objetivo de una seguridad jurídica mayor y más ágil utilizando la herramienta de la “nube jurídica segura”.

Tal como ya dije, en ocasiones, para incorporar determinado tipo de documentos a esa nube jurídica segura será preciso una norma que la ampare específicamente; pero para los documentos de uso más cotidiano ello no es preciso. Basta la normativa vigente, y donde ella no llegue, podemos utilizar la clave de bóveda de la nube: la libre voluntad del usuario que desea que su documento se incorpore a esa nube.

Si no ando muy descaminado en esta última afirmación y si todos vemos como una necesidad sentida la integración notarial encarnada en esa “nube jurídica segura”, resulta que “la pelota está en nuestro tejado”.

Dejemos al usuario del servicio notarial que elija. No le impongamos nada; démosle alternativas y que él o ella elijan. Su libre voluntad es la clave

Somos nosotros los Notarios, quienes podemos arrancar esa “nube jurídica segura notarial europea”. No necesitamos esperar a nadie más para arrancarla, al menos, en un nivel embrionario pero ya operativo que podamos ofrecer a la ciudadanía. Ciertamente tendrá un coste en esfuerzo humano y en términos económicos. Pero deberíamos poder contar para ello con nuestros respectivos responsables políticos inmediatos (los gobiernos de cada Estado miembro) y con los organismos involucrados de la estructura de la Unión. **Con la creación de la “nube jurídica notarial segura europea” estamos dando un salto jurídico disruptivo que una vez creado constituirá un estándar mundial** si somos ágiles y no se nos adelanta nadie más. Una vez exista una nube jurídica segura, operativa, probada y confiable y con alcance transnacional, muy probablemente otros Estados querrán adherirse a la misma. La mayor expansión de esta nube jurídica segura debilita cualquier otra nube jurídica segura alter-

nativa que un Estado aislado o una organización pública o privada alternativa pretendan crear. Se genera naturalmente una tendencia a incorporarse a esa nube, lo cual vuelve a hacer más fuerte y consolidada esa nube. Esto puede sonar a pura especulación, pero en el mundo de internet, el grande cada vez se hace más grande y el pequeño va quedando apartado o es absorbido por el grande.

En nuestro caso, una vez generado el hábito de consultar en esa “nube jurídica segura” integrada cualquier documento notarial, gozando de la percepción de facilidad de acceso, de la seguridad de no alteración del contenido publicado y de la seguridad de actualización de ese contenido al último evento jurídico afectante a ese documento u objeto jurídico...¿realmente alguien va a preferir ir a otro agregador de documentos diferente a éste?

El documento notarial singular nutre esa nube y le da su fortaleza de base. Por su parte, esa nube jurídica, con su accesibilidad, seguridad de contenido y de actualización del mismo, fortalece a su vez al documento notarial que se ha incorporado. Por extensión: el Notariado, con sus atributos de seguridad jurídica y confiabilidad fortalece la nube jurídica segura notarial y el uso habitual y recurrente de ésta fortalece a su vez la percepción social de seguridad y confiabilidad del Notariado.

Concluyo ya dejando sobre la mesa únicamente **tres ideas**:

La integración notarial a nivel nacional y de la Unión es imprescindible para proporcionar seguridad jurídica preventiva real y actualizada a nuestros ciudadanos y empresas

La herramienta actualmente abordable para cristalizar esa integración es una “nube jurídica segura europea” cuyo contenido se controla legalmente en su acceso y modificación por un Notario y cuyo mantenimiento se controla por organismos notariales nacionales o supranacionales.

La voluntad de la persona usuaria de servicios notariales es la herramienta esencial para crear esa “nube jurídica segura europea”. Es su libre elección la que determina la incorporación o no a esa nube.



“Hay que acomodar nuestras reglas a la realidad y reclamamos social y jurídico. En especial, en lo que atañe a las situaciones personales especialmente vulnerables”

Carmen Gete-Alonso y Calera

Premio Puig Salellas 2020

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

M^a Carmen Gete-Alonso Calera se licenció en Derecho en la Universidad de Barcelona (1971) y se doctoró en 1975, en ambas ocasiones con Premio Extraordinario. Accedió a la cátedra de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona en 1982 y desde entonces cuenta con una dilatada y reconocida trayectoria en el ámbito de la investigación y la docencia.

Es miembro de la Comisión de Codificación Civil de Cataluña desde 2011, donde ha formado parte de distintas secciones y actualmente preside la de Persona y Familia; es presidenta de la Junta Arbitral de Consumo de Sabadell, adjunta del Área de Ciencias jurídicas de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva (ANEP) y experta evaluadora de la AGAUR y de la Agencia de Qualitat Universitària Catalana, entre otros.

En el ámbito de la investigación tiene reconocidos 6 tramos de investigación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Investigación, ha dirigido 17 tesis doctorales y forma parte de grupos de estudio sobre mujeres y derecho, derecho catalán, sobre derecho de la persona y familiar de la UAB o del grupo ACTUALIZA para la reforma y actualización del Derecho Privado.

Ha publicado diversas monografías, tratados, cuadernos de teoría y práctica y manuales de Derecho civil, así como numerosos artículos en prestigiosas revistas jurídicas, y forma parte del Consejo de Redacción de algunas de ellas.

El pasado mes de noviembre recibió el Premio Puig Salellas 2020, el máximo galardón que otorga el Colegio Notarial de Cataluña.



P: ¿Por qué motivo decide estudiar la carrera de Derecho? ¿Y cuándo elige el derecho civil para enfocar su carrera profesional?

R: Aprobado el curso Preuniversitario (Preu) y las pruebas de acceso a la Universidad, en junio de 1966, decidí matricularme en Derecho porque me atraía la posibilidad de desarrollar una profesión que me permitiera hacer algo útil para otras personas. Inicialmente pensaba en el ámbito de la protección de las personas menores de edad; también que era una profesión en la que podía dedicarme a escribir.

Cuando empecé la Licenciatura de Derecho, en el primer curso me fascinaron el Derecho Romano y la Historia del Derecho, sobre todo las partes de estas asignaturas que se dedicaban al Derecho Privado. Tuve el honor de recibir enseñanzas de dos grandes maestros: los profesores Ángel Latorre y Josep M^a Font Rius, que me inculcaron la simiente del Derecho Privado. Después, en segundo curso, cuando descubrí el Derecho civil (entonces comprendía la Introducción y parte general, el derecho de la Persona y Negocio jurídico), decidí que me dedicaría a su estudio porque tenía una aplicación a la realidad. La verdad es que durante toda la Licenciatura fue incrementándose mi interés por el Derecho civil, la asignatura que me parecía más interesante. De hecho, a partir de ella estudiaba las demás materias y las entendía mejor.

Siempre he intentado encontrar en la interpretación de las normas, soluciones

P: ¿Cuáles son sus maestros y referentes jurídicos?

R: Ya he hablado de la influencia que ejercieron en primer curso los profesores Latorre y Font Rius. A ellos se añaden, como referentes jurídicos durante los estudios, los profesores Manuel Albaladejo García, Ferrán Badosa Coll, Lluís Puig Ferriol, Don Antonio Polo (catedrático de Derecho Mercantil), y la profesora Victoria Abellán (Derecho Internacional), expertos y experta en sus materias y en el modo, muy diferentes, de transmitirlos.



Mi maestro es el Dr. Ferran Badosa Coll, a quien tuve como profesor durante la Licenciatura y que, desde mi incorporación a la Universidad, en octubre de 1971, me ha asesorado y apoyado a lo largo de mi carrera universitaria.

Por lo que hace a referentes jurídicos en general, además de las personas que he citado, en el ámbito del Derecho Civil han sido importantes para mí, en cuanto a los conocimientos, los profesores José Luis Larrosa Berdejo y Luis Díez-Picazo.

P: Usted ha centrado su vida profesional básicamente en la docencia y la investigación. ¿Qué peso ha tenido cada una de ellas en su vida?

R: Me dediqué a la Universidad porque quería continuar estudiando más a fondo la materia de Derecho Civil y la única manera de investigar era hacerlo en la Universidad. Tuve alguna proposición para incorporarme a la abogacía, pero me desviaba del estudio y quienes me lo ofrecieron me aconsejaron que no lo hiciera, es decir que debía hacer lo que me proponía y ya tendría tiempo, después, para ejercer, si lo quería. Tuve la oportunidad de obtener uno de los primeros contratos de profesora ayudante con dedicación exclusiva que se crearon en el curso 1971/1972.

En inicio, cuando decidí incorporarme a la Universidad, no pensé en la docencia y en lo que suponía, sino en la investigación. Después, en el momento en que tuve que ponerme al frente de un grupo en clases muy concurridas - primero fueron las prácticas y luego progresivamente, las teóricas -, superado el pánico inicial - soy una persona muy tímida -, comprobé que era muy satisfactorio transmitir los conocimientos, intercambiar opiniones, proponer las valoraciones e ideas que me surgían al estudiar. Desde el inicio intenté mejorar un sistema muy dañado en aquella época. Pertenezco a la generación en la que la Universidad estaba constantemente amenazada por "los grises", lo que repercutía directamente en la docencia que recibíamos.

Así que la docencia ha significado un complemento necesario del estudio. A ella, además, he dedicado parte de mi investigación, sobre los métodos de docentes, formas de implicar al alumnado, maneras de hacer más comprensible y asequible el Derecho, elaboración de materiales de estudio teóricos y prácticos, manuales, etc.

La investigación ha ocupado y ocupa un peso muy importante en mi trayectoria, seguramente por encima de la docencia. Soy una persona muy curiosa, me interesa indagar el porqué de la regulación, cómo se han de regular las relaciones personales



Entrevista

y económicas y cómo se han de acomodar las instituciones del derecho civil a las necesidades de las personas. Aunque debo reconocer que soy “teórica”, siempre he intentado encontrar en la interpretación de las normas, soluciones; como también he procurado indagar acerca de lo que se puede calificar como las nuevas (o no tan nuevas) necesidades e instituciones jurídicas que se pueden amoldar o crear. Con el fin de la obligada actualización de las normas y las instituciones jurídicas.

Nunca he ejercido la profesión, me he dedicado en exclusiva a la Universidad, pero ello no me ha impedido, al revés, estar en contacto con la realidad.

En la docencia me propuse buscar fórmulas que hicieran más asequible transmitir el conocimiento, siempre con absoluto respeto a la terminología jurídica y a la técnica propia, y que incitaran a la participación e implicación

P: ¿Cuáles han sido los pilares en que se ha basado?

R: En la docencia, la base ha sido, aunque parezca una contradicción, evitar el tipo de docencia que recibí; una docencia en la que se prescindía de la persona

y fundada en el aprendizaje memorístico, como regla mayoritaria. Me propuse buscar fórmulas que hicieran más asequible transmitir el conocimiento, siempre con absoluto respeto a la terminología jurídica y a la técnica propia, y que incitaran a la participación e implicación. En cuanto a la expresión de los conceptos soy una maniática de la corrección del lenguaje a la hora de redactar y construir el discurso jurídico.

En la investigación, mi formación parte del estudio de las obras básicas de la materia de Derecho civil y, por supuesto, del Derecho Romano y del estudio histórico, que me han ayudado en la comprensión de la normativa vigente. Por supuesto, también de la lectura de las obras del Derecho intermedio. Junto al estudio continuo y constante, la alerta permanente ante las nuevas realidades y necesidades jurídicas y la búsqueda de soluciones. Con el objetivo de la actualización de las instituciones de derecho privado.

P: A lo largo de su trayectoria profesional tiene una obra publicada muy extensa. ¿Cuáles son los ámbitos del derecho civil sobre los que ha trabajado?

R: Prácticamente he publicado sobre todas las materias que se comprenden en el Derecho civil; era casi algo obligado en la formación del profesorado universitario, en las antiguas oposiciones - las de los seis ejercicios en Madrid. Esta circunstancia, unida a mi afición por la escritura y mi necesidad de comunicar las conclusio-

nes o hallazgos del estudio, da el resultado de una obra amplia.

Además de los Tratados, Manuales, Lecciones, etc. en lo que se refiere a monografías y artículos he dedicado atención especial al derecho patrimonial y al personal familiar. En concreto, a la teoría general del contrato, las estructuras contractuales y la formación del contrato, las nuevas formas de contratar y los tipos contractuales nuevos; y en el campo de los derechos reales, las propiedades especiales y las situaciones de comunidad. También al Derecho de la persona y familiar, la filiación, las condiciones de la persona, la discapacidad y la capacidad. Y, por supuesto, estudios sobre la base de los conceptos jurídicos civiles, sustentados en el derecho civil catalán y el del Código civil español. Siempre he procurado dar a conocer la pluralidad legislativa civil de nuestro sistema, que es muy enriquecedora y debe conocerse.

Me satisface mucho la oportunidad que he tenido de participar en el debate y en la redacción de normas civiles catalanas a través de la colaboración, desde 1988, con el Departament de Justicia de la Generalitat, como integrante de diversos grupos de trabajo y, desde el año 2000, en la Comisión de Codificación civil.

P: ¿Cuál cree que ha de ser la contribución del mundo académico al mundo jurídico?

R: La academia y el mundo jurídico, en efecto, tendrían que estar directamente relacionados (interrelacionados). Deberían ser vasos comunicantes, de intercambio de los conocimientos y experiencias, teóricas y prácticas.

En el ámbito jurídico, las aportaciones que se hacen desde la academia, fundamentalmente, son, de una parte, a través de las teorías, doctrinas, valoraciones e interpretaciones de las normativas vigentes, que ayudan a comprender el alcance de la norma y sus disfunciones, vacíos, etc. También, de otra parte, las construcciones de nuevas o renovadas instituciones jurídicas que se presentan para ser incorporadas: las propuestas de renovación. Y, por descontado, los análisis de la jurisprudencia y de la aplicación de la norma.

Un ámbito jurídico en el que la contribución es importante es a la hora de participar





en la confección y proposición de nuevas propuestas y de modificación de la legislación.

Siempre he procurado dar a conocer la pluralidad legislativa civil de nuestro sistema, que es muy enriquecedora y debe conocerse

P: ¿Cómo ha evolucionado el derecho civil desde sus inicios en la profesión hasta la actualidad? ¿Qué destacaría?

R: El derecho civil no creo que pueda decirse, exactamente, que ha evolucionado si nos referimos a la posición central que ocupa en las demás disciplinas jurídicas, tanto las clásicas como las, llamémosles, nuevas. Continúa encerrando los conceptos jurídicos fundamentales, que todas ellas adoptan.

La evolución, como no podía ser de otra forma, atendido que se trata del derecho (la manera de ordenar) que rige en las relaciones entre las personas particulares, se manifiesta en las nuevas configuraciones de las instituciones y de las relaciones personales y patrimoniales: su adaptación a las necesidades y a la conformación de los grupos. Así: la reordenación del derecho de la persona y la relevancia de las diversas situaciones personales, en particular las de minoría de edad, las que afectan a la capacidad; el nuevo derecho de familia, particularmente por lo que hace referencia a los nuevos modelos de grupos familiares, las relaciones de filiación; el derecho del consumo, las formas de contratar y los diferentes contratos y, sobre todo, las cláusulas contractuales, las diferentes manifestaciones de las relaciones de propiedad..., por citar las más significativas. Quizá la única materia en la que la evolución ha sido menor es la sucesoria, en la que, sin embargo, sí se han introducido las más conexas a las realidades familiares.

P: ¿Cómo valora el nuevo Código civil de Cataluña? ¿Qué destacaría? ¿Y de la labor de la Comisión de Codificación?

R: El Código civil de Cataluña es un instrumento jurídico básico, funda-



mental, de nuestro ordenamiento jurídico. Considero que no se debe hablar de “nuevo Código civil” sino, directamente, de Código civil. Porque es el texto normativo en el que se contienen las reglas jurídicas civiles que integran nuestro acervo jurídico, formado por normativas vigentes que traen causa de textos legales y consuetudinarios anteriores y de los textos legales posteriores creados por el Parlamento. No ha nacido *ex novo*; la novedad es la manera en que se presenta, como Código, lo que, en el momento en que se desarrolló la codificación, no se pudo hacer. Afortunadamente, aunque con más de un siglo de desfase, se han podido llegar a incorporar a éste las reglas básicas civiles propias. Pero en un Código que, como se explica en el Preámbulo de la Llei 29/2002 primera, sin dejar de responder a su concepto, es abierto, tanto en la estructura como en su contenido, un Código de segunda generación

La valoración del Código civil es muy positiva en líneas generales, tanto en la estructura como en su contenido. Se ha hecho una gran labor y se han dedicado grandes esfuerzos a conseguir que este texto jurídico posea una calidad elevada. Es un instrumento en el que se recogen, de manera ordenada, nuestras instituciones jurídicas y su regulación conforme a los conceptos jurídicos propios que aún perduran, a las prácticas jurídicas que se desarrollan entre los particulares, adecuado a las nuevas necesidades, situaciones e intereses de la sociedad catalana del siglo XXI. En esta labor de recogida y elaboración de las reglas que mejor se acomodan a la realidad jurídica conviene destacar que han participado personas de todos los ámbitos jurídicos: la academia, la abogacía, el ámbito notarial, el registral, judicial y las demás profesiones jurídicas.

He tenido el privilegio de intervenir en la elaboración de varios libros del Código civil,



Entrevista

en el derecho patrimonial y el derecho personal y de familia, y la experiencia ha sido muy gratificante. En particular, he de destacar el trabajo de y en equipo con personas de diferentes profesiones jurídicas que ha dado muy buenos frutos legales. Textos muy discutidos, pensados desde las perspectivas necesarias para que se adecuen a la realidad.

Satisfacen mucho, como acostumbro a oír en círculos jurídicos fuera de Cataluña, los elogios tanto técnicos como de oportunidad de regulación que se vierten acerca de nuestra legislación civil.

La academia y el mundo jurídico deberían ser vasos comunicantes, de intercambio de los conocimientos y experiencias, teóricas y prácticas

P: ¿Cuáles son en estos momentos los principales retos en el ámbito del Derecho? ¿Y específicamente en el Derecho Civil?

R: Seguramente se espera que responda que uno de los principales retos es el del mundo digital, la inteligencia artificial y las nuevas formas de comunicarnos entre las personas. Y, en efecto, el espacio "on line" en el que se desarrollan muchas relaciones obliga a repasar las reglas y a hacer frente a las realidades y problemáticas.

Pero, dando por supuesto lo anterior, técnicamente creo que los grandes retos que se han de afrontar son, de una parte, la conformación de las relaciones familiares, parentales y de convivencia y las situaciones personales. De otra, la actualización del derecho contractual y obligaciones, el replanteamiento de la propiedad y los derechos reales, y las instituciones del derecho de sucesiones. Se ha de comprobar, seriamente, la adecuación de las instituciones e impulsar su desarrollo.

P: Entre sus líneas principales de trabajo hay el derecho privado catalán, el derecho de contratos, lo derechos reales y los derechos de persona y familia. ¿Cuáles son los principales aspectos que actualmente trabajan en cada uno

de estos ámbitos y los retos actuales y de futuro más inmediato?

R: Como acabo de decir, en el ámbito de derecho personal y familiar los retos más relevantes entiendo que afectan, en concreto, a lograr que la realidad de la diversidad que conforma la sociedad catalana encuentre su acomodo en el Código civil, sin discriminación. De una parte, y esto con carácter general, conseguir que el Código y las normas jurídicas catalanas se redacten dando visibilidad a todas las personas, a las mujeres pero también a los diferentes colectivos que, tradicionalmente, se han olvidado e incluso vetado. De otra, la de acomodar nuestras reglas a la realidad y reclamos social y jurídico. En especial, en lo que atañe a las situaciones personales espe-

cialmente vulnerables: la diversidad sexual, la discapacidad, los colectivos vulnerables. Por supuesto, las realidades familiares, la maternidad y la paternidad. Y las formas de contratar y los poderes jurídicos sobre los bienes.

P: También destaca por su apuesta por una docencia del derecho desde una perspectiva feminista y es cofundadora del movimiento Carmona para la feminización del derecho privado. En este sentido, la revisión del Código Civil de Cataluña para hacer visible el género femenino también es uno de los trabajos actuales desde el Grupo de Género de la Comisión, del que también forma parte. ¿En qué punto nos encontramos? ¿Cómo





valora los avances en este sentido y cuál debe ser el objetivo?

R: Uno de los objetivos es lograr que los textos normativos incluyan a todas las personas. Y que se haga desde una perspectiva inclusiva, que abarque a la diversidad. De ahí que se haya de incorporar la mirada femenina, que no está, en los textos legales, porque es la única manera de dar cumplimiento a la igualdad; y la mirada de la diversidad personal. Asimismo, es meritorio que el lenguaje en el que se expresan las leyes, y los propios términos jurídicos, son masculinos. Ha llegado el momento no sólo de la igualdad en la ley, en la regla sino de dar visibilidad a la diversidad a la hora de escribir legalmente.

En el grupo de género de la Comisión de Codificación estamos trabajando en unas pautas generales que sirvan de guía en la redacción de las normas. Ya están redactadas, pero aún no se han podido discutir en la Comisión de Codificación. Sin embargo, en los trabajos que se desarrollan en la Sección de Persona y Familia sí que hemos puesto especial atención al redactar la norma, o corregir la que existe, y lo hacemos en términos inclusivos. Es una labor lenta, que se debe desarrollar a medida que se vaya revisando la normativa.

El dato de este discurrir se sigue de la seriación temporal de los Libros del Código civil de Cataluña. Se puede observar la diferencia de la manera en la que se escribe en los distintos Libros que son materia del Código en diferentes años.

Una curiosidad: el Libro más respetuoso con la diversidad es el Libro V (Derechos reales) y el más desfasado, el Libro IV (Sucesiones).

El objetivo: conseguir que sean visibles todas las personas. El Código no sólo contiene las instituciones y las reglas básicas, como se ha indicado, sino que ha de dar ejemplo de igualdad.

Se ha avanzado bastante, en líneas generales, pero aún queda camino por delante.

Un ámbito jurídico en el que la contribución es importante es a la hora de participar en la confección y proposición de nuevas propuestas y de modificación de la legislación

P: ¿Cuál cree que debe ser el peso del derecho internacional privado en este contexto?

R: El derecho internacional privado tiene una función importante en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, dada la conformación personal de la sociedad catalana. En gran parte de las relaciones personales y en las económicas, sobrado es decirlo, el elemento personal de extranjería o de vecindad civil no catalana es cada vez más frecuente. De otra parte, el Derecho comunitario emana reglas que se han de acatar por los estados parte. De ahí, el interés y la conveniencia de que en la elaboración de las normas propias sea necesario contar con la participación de personas especializadas en estas materias.

P: Otro de los ámbitos en que se ha pronunciado recientemente es en el nuevo modelo de discapacidad impulsado desde la Convención de Nueva York. ¿Cómo debe evolucionar dicha cuestión?

R: La adecuación de las reglas civiles positiva a la situación jurídica de las personas con discapacidad es una de las obligaciones pendientes de cumplir, rectius, la revisión de la normativa vigente, desde que se ratificó la Convención de Nueva York en 2006. Se ha establecido un



Entrevista

nuevo paradigma de capacidad que hace necesario readaptar todas las reglas vigentes. En estos momentos, la Sección de Persona y Familia está trabajando en la acomodación a esta nueva realidad jurídica del Código civil de Cataluña que comporta la desaparición de la incapacitación y de la tutela de las personas incapacitadas. Se están estudiando las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad que han de sustituir a las anteriores y ya obsoletas instituciones que sustituían la voluntad de las personas con discapacidad. Todas las personas, con conocimientos jurídicos o no, hemos de concienciarnos de que no podemos seguir clasificando y marginando a otras por razón de la diferencia, y este valor debe recogerse en la norma civil.

P: ¿Cómo valora la contribución, tanto histórica como actual, de los notarios al Derecho civil de Cataluña?

R: El notariado, sin duda alguna, ha cumplido una función muy relevante a lo largo de la historia del derecho en la preservación, construcción y creación de las instituciones jurídicas catalanas. En la actualidad continúa siendo un pilar fundamental de nuestro derecho propio y asimismo su labor es imprescindible para su actualización, en el acercamiento a la realidad del día a día, importante a la hora de evaluar la solución jurídica que la norma debe adoptar.

P: El pasado mes de noviembre recibió el Premio Puig Salellas, el máximo galardón que otorga anualmente el Colegio. ¿Cómo lo valora?

R: Es un honor para mí haber sido galardonada con este premio Puig

Salellas que goza de un importantísimo prestigio en el ámbito jurídico. Sobre todo por su completo carácter que abarca la trayectoria de estudio, investigación, creación, docencia y aplicación del derecho civil.

P: ¿Cómo valora nuestro nivel de seguridad jurídica?

R: Entiendo que la pregunta hace referencia a la función del notariado respecto de los actos jurídicos en los que intervienen. Pues bien, pienso que la seguridad jurídica, en este ámbito, es elevada; nuestro sistema cuenta con los medios adecuados y las personas profesionales expertas que garantizan la seguridad.

El Código civil de Cataluña no ha nacido *ex novo*; la novedad es la manera en que se presenta, como Código, lo que, en el momento en que se desarrolló la codificación, no se pudo hacer

P: ¿Cómo debe ser la Justicia del siglo XXI?

R: Es demasiado general hablar de la Justicia, en mayúscula, porque este concepto necesita de una pausada reflexión. Me referiré a la justicia como la labor de aplicación de la normativa vigente, llevada a cabo por las autoridades a las que hemos atribuido dicha función – en nuestro caso, a los tribunales (art. 117 CE) –, y ciñéndome al ámbito pura-

mente civil, sin perjuicio de que alguna de las afirmaciones que haga sean aplicables a otros órdenes jurisdiccionales. De una parte, la justicia ha de ser independiente de cualquier poder, sin influencias ideológicas, sea de la índole que sean, debe de ceñirse a la resolución de la problemática que se suscita en el caso concreto. Esto supone que, en la medida que la norma que se haya de aplicar lo permita, se ha de procurar la interpretación mejor o la más conveniente al caso y a la realidad social e individual de las personas, las normas en el ámbito privado no siempre son de *ius cogens*. De otra parte, ha de ser más rápida, se han de crear mecanismos, vías, instrumentos que permitan resolver los conflictos en espacios temporales razonables. No es de recibo, sobre todo en pleitos relativos a relaciones personales, el peregrinaje que deben soportar las personas.

De ahí que el futuro de esta justicia del caso, en gran parte pase por desjudicializar la resolución de los conflictos. Los medios alternativos de resolución, como el arbitraje y la mediación, el fomentar los convenios o acuerdos privados, entre otros, son excelentes, en la medida que acercan a las personas que intervienen y permiten, en muchas ocasiones, aflorar el aspecto humano. Tengo una buena experiencia en el ámbito del arbitraje de consumo, en el que he trabajado durante bastantes años (1998-2018), y pese a que pueda considerarse por alguien que son conflictos jurídicos de derecho menor, dadas las relaciones y el escaso valor económico que se discuten, sin embargo, son una fuente muy rica de conocimiento de las preocupaciones y problemas del día a día de las personas. Y enseñan mucho sobre la manera en que se ha de resolver.



“El principal objetivo de este mandato se resume en una expresión: siempre por delante”

Es básico seguir en cabeza tecnológicamente pero también tener imaginación y aprovechar nuestro potencial para crear nuevos servicios

José Alberto Marín Sánchez

Decano del Colegio Notarial de Cataluña

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

José Alberto Marín (1959) es licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia y notario desde 1986. Ha ejercido en Les Borges Blanques (Lleida), Monforte de Lemos (Galicia), Sant Feliu de Llobregat (Barcelona), Reus (Tarragona), y desde 1995 es Notario en la ciudad de Barcelona. Es docente desde hace 30 años en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, mediador civil y mercantil del Centro de Mediación y Conciliación Notarial y miembro del Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña.



Entrevista

P: Tras 12 años como vicedecano, cede ahora al decanato. ¿Qué le aporta la experiencia previa y cuáles son los principales retos y objetivos de su mandato?

R: Durante el tiempo que llevo en el Decanato he comprobado la diferencia entre uno y otro cargo, lo cual me ha hecho valorar aún más el mérito del trabajo realizado por mi antecesor Joan Carles Ollé. La experiencia previa me ha ayudado mucho a tomar las riendas del Colegio con más facilidad pero realmente estar en la cúspide de esta institución supone una enorme responsabilidad que sólo se puede afrontar con el magnífico equipo que me acompaña. El principal objetivo de este mandato se resume en una expresión: siempre por delante. El notario va por delante en el conocimiento y necesidades de los problemas sociales, familiares y personales, en la aplicación de tecnologías al mundo del derecho y en la protección jurídica del ciudadano, es su guardaespaldas jurídico. Luego puede haber otros controles pero el primero es siempre el notarial. Potenciar estas características será el principal objetivo: personas, tecnología y seguridad jurídica.

El notariado sabe adaptarse pero debe tener claro que su pasaporte hacia el futuro es dar valor añadido al ciudadano

P: ¿En qué principios y valores sienta la base de su acción de Gobierno?

R: La principal base es el soporte humano que tiene el notariado: centenares de notarios con un nivel jurídico elevadísimo pero al mismo tiempo con un nivel humano y de honestidad que posibilita que cuenten con la confianza del ciudadano. Conocimientos, honradez y disponibilidad. Si a ello le sumamos el nivel tecnológico probablemente más alto de las profesiones jurídicas tenemos los mimbres necesarios para ejecutar lo que la sociedad espera del notario: la protección jurídica del ciudadano.

P: La Junta actual cuenta con una destacada presencia de perfiles



jóvenes y, por primera vez, una mujer como vicedecana. ¿Qué valoración hace?

R: La verdad es que la Junta Directiva constituye una representación transversal de los notarios que componen nuestro colectivo, y tengo la suerte de que, además, sus miembros gozan de una altísima competencia profesional y unas cualidades personales que garantizan la eficacia de este órgano de gobierno. Tener una notaria de 28 años y una mujer Vicedecana es absolutamente novedoso; tener otros compañeros de diversas edades y procedencias geográficas es integrador. Es cierto que en nuestra profesión no hay problema de "género" pero sí que lo hay de conciliación familiar para ejercer y especialmente para acceder a cargos directivos. Hay que trabajar mucho en esta materia y buscar soluciones efectivas. Es un reto que tenemos en esta Junta Directiva y en el Consejo General.

P: En términos generales, ¿en qué punto se encuentra actualmente la profesión? ¿De dónde venimos y hacia dónde nos dirigimos?

R: La profesión se halla en un buen momento pero no podemos dormirnos. Venimos de dos crisis casi consecutivas, de hecho estamos inmersos todavía en la derivada del COVID, y todo evoluciona muy rápidamente. El notariado sabe adaptarse pero debe tener claro que su pasaporte hacia

el futuro es dar valor añadido al ciudadano. Para ello es básico seguir en cabeza tecnológicamente pero también tener imaginación y aprovechar nuestra potencialidad para crear nuevos servicios. Nuestro objetivo es que el ciudadano reciba un servicio integral en todos los aspectos y que desde la notaría se le resuelvan todas sus necesidades derivadas del otorgamiento de una escritura.

P: ¿Cómo se ha adaptado el Colegio a la pandemia de Covid'19? ¿Cómo se ha desarrollado la función durante el estado de alarma? ¿Qué medidas se han tomado o están previstas para paliar los efectos de la pandemia en los despachos?

R: En cuanto al aspecto preventivo éste fue fundamental, especialmente en 2020. Las medidas adoptadas por el Colegio Notarial y por los notarios en sus despachos, sin ninguna ayuda pública, permitieron, con gran sacrificio personal de notarios y empleados, prestar servicio en todo momento facilitando a los ciudadanos acceder al crédito tan necesario en esos momentos y otorgar documentos personales de enorme necesidad en muchos casos. Esto hizo posible desarrollar el servicio con una mínima normalidad siguiendo los protocolos marcados por la Dirección General de Seguridad Jurídica, el Consejo General y el Colegio Notarial. Evidentemente la crisis económica derivada de la pandemia ha pasado factura a



las notarías, como a tantos sectores, y la mejor marcha de los despachos depende de la de la economía. El Colegio Notarial en esta nueva etapa está colaborando con diversos grupos y entidades que intentan potenciar la recuperación económica valiéndose como ejemplo la integración en la Comisión de Expertos Fiscales de Foment del Treball, verdadero grupo de lujo por la excelencia de sus integrantes.

P: ¿Cuál es actualmente la presencia y relación con el Consejo General del Notariado? ¿Qué proyectos destacaría?

R: En este mandato el Colegio Notarial de Cataluña fue designado por unanimidad de los Decanos para formar parte de la Comisión Permanente, órgano colegiado encargado del día a día del gobierno de nuestra profesión. Estoy muy agradecido a todos ellos por la confianza que han manifestado con esta elección. Tenemos un Consejo General magnífico, con Decanos que en su mayoría repiten mandato, lo cual es un punto muy positivo por la experiencia y conocimientos que acumulan, y con nuevas incorporaciones que aportan nuevas ideas y enriquecen este órgano cuyo Presidente, José Angel Martínez Sanchiz, también desempeña su segundo mandato como tal, lo cual tiene que repercutir, además de por sus enormes virtudes de todo tipo, en beneficio del Notariado. Los principales proyectos que se tienen que abordar en este

Consejo tienen inevitablemente relación con las llamadas “nuevas tecnologías”. La creación del Portal Notarial del Ciudadano va a ser una auténtica revolución en la relación del notario con los ciudadanos, las empresas y las administraciones. Las posibilidades que abre este proyecto son ilimitadas y actuará transversalmente en toda la actividad notarial. La Sede Electrónica Notarial se va a potenciar de forma considerable y el Notariado va a seguir en cabeza de la innovación tecnológica del sector jurídico sin perder la esencia de la forma de prestar su función.

P: ¿Y qué destacaría de la relación del Colegio con la Administración?

R: El Colegio Notarial siempre ha mantenido unas magníficas y fructíferas relaciones con todas las administraciones con las que de una manera u otra ha de tener contacto, tanto administración estatal como autonómica, respetando, por supuesto, las competencias del Consejo General. Especialmente intensa es la colaboración con la Consellería de Justicia que, como se sabe, tiene ciertas competencias notariales y, además, realiza el diseño del derecho civil de Cataluña cuya aprobación propone al Parlamento. Los notarios hemos colaborado intensamente en la elaboración de los textos del Código Civil de Cataluña que han salido de la Comisión de Codificación que dirige el exdecano Ollé, aportando los conocimientos no sólo teóri-

cos sino especialmente los eminentemente prácticos que tenemos. La pandemia ha frenado nuevos proyectos y actualmente se está trabajando con la Consellería en mejorar el Registro de Parejas Estables y en las necesarias adaptaciones que requiere la nueva legislación en materia de discapacidad. Igualmente se mantienen relaciones permanentes con la judicatura, fiscalía y cuerpos de seguridad que también se han visto limitadas por la actual situación. Con el Ministerio de Justicia y su Dirección General las relaciones también son excelentes, manteniendo contacto permanente con sus responsables que muestran un enorme interés por el notariado de Cataluña, hecho este que en breve se visualizará cuando sea posible realizar actos presenciales.

El Colegio Notarial en esta nueva etapa está colaborando con diversos grupos y entidades que intentan potenciar la recuperación económica

P: El uso y adaptación de la profesión a la tecnología es uno de los grandes retos actuales de la profesión. En este sentido ¿hacia dónde avanzamos? ¿Cuáles son los objetivos y proyectos?

R: Como he dicho antes el potencial tecnológico de los notarios es impresionante, pero las necesidades también. Existen muchísimos proyectos diseñados y en trance de ejecución que van a revolucionar de nuevo la forma de prestar la función. La transposición de la Directiva comunitaria de sociedades digitales hace inevitable utilizar la videoconferencia en los otorgamientos notariales y, obviamente, esa forma de actuar se va a extender a otros ámbitos de nuestra función. El cambio del papel por lo digital en materia de copias va a ser también un referente. Vamos a cambiar el maletín por el móvil; el ciudadano llevará sus títulos en la palma de su mano y la interoperabilidad entre notarías, bancos, empresas, ciudadanos y administraciones va a ser completa. Tener un dispositivo de conexión a internet va a ser la puerta a los servicios notariales pero sin olvidar la atención personalizada a los ciudadanos, especialmente los más desprotegidos y los que puedan ser víctimas de la brecha digital. La tecnología no puede hacernos ajenos a que el notariado





Entrevista

es uno de los pocos elementos vertebradores de la llamada "España vaciada". Por ello nuestro proyecto deber ser integral y comprender todas estas realidades sociales.

La creación del Portal Notarial del Ciudadano va a ser una auténtica revolución en la relación del notario con los ciudadanos, las empresas y las administraciones

P: En el ámbito internacional, dado el peso creciente de la legislación comunitaria, ¿cuáles son las iniciativas en marcha y las previstas?

R: Para nosotros la legislación comunitaria ya no es derecho internacional, es derecho interno. Su extensión y rápida aplicación en nuestro país hace que forme parte inmediata de nuestra legislación y por tanto el seguimiento de los proyectos legislativos de Bruselas es y debe ser prácticamente como los del parlamento español. El Consejo General tiene presencia permanente en esos ámbitos y trabaja coordinadamente con el resto de notariados de la UE. Por ello los esfuerzos deberán dirigirse a lograr intercomunicación digital entre los distintos notariados de la UE, permitiendo la colaboración entre notarios de diversos países, y a la creación de sistemas que permitan conocer de forma inmediata y profunda las respectivas legislaciones. Conseguir en Europa un sistema similar al recientemente presentado de IberRed tiene que ser, y ya es, un objetivo preferente. La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) es una herramienta de cooperación, en materia civil y penal, puesta a disposición de los operadores jurídicos de 22 países Iberoamericanos y del Tribunal Supremo de Puerto Rico (incluyendo España, Portugal y Andorra), que beneficia a más de 500 millones de ciudadanos. Este ha sido un proyecto liderado por el notariado español y cuyo soporte tecnológico ha sido desarrollado por nuestro centro tecnológico. Y por otro lado no hay que olvidar que Barcelona es sede semipermanente de la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), y de la Academia Europea del Notariado. Esperamos que a final de año se puedan reunir estos



organismos en nuestra Ciudad bajo el auspicio de nuestro Colegio Notarial.

P: Precisamente en el ámbito legislativo, determinadas iniciativas de los últimos años han reforzado la función notarial, como la Ley de crédito inmobiliario de 2019. ¿Cuál debe ser el papel en la protección del consumidor. ¿Cuáles son las asignaturas pendientes en el ámbito legislativo?

R: La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario ha constituido un hito en lo que debe ser la actuación notarial en materia de consumidores. Ese asesoramiento intenso y próximo que realiza el notario y su acreditación mediante acta es el elemento imprescindible para salvar la asimetría de información que existe e inevitablemente existirá entre consumidor y grandes operadores económicos. Antes de la ley el ciudadano tenía la posibilidad de prestar su consentimiento de manera informada; después de la entrada en vigor de la ley no es que tenga la posibilidad, es que necesariamente presta su consentimiento con plena y total información de los que otorga. Como asignaturas pendientes señalaría el extender la actuación notarial a ámbitos de comercio con consumidores en los que los bienes y las consecuencias jurídicas de los contratos tienen una incidencia importante en su economía; por poner un ejemplo la venta de automóviles, objetos que tienen

un valor muy superior a los inmuebles donde se guardan y, sin embargo, no requieren intervención notarial. Igualmente creo que sería muy conveniente reforzar las arras notariales especialmente mediante la reducción de su coste fiscal (como ha ocurrido ya en Cataluña) y así se reforzaría la posición jurídica del consumidor en los contratos preparatorios de las compras de inmuebles.

P: La Ley de Jurisdicción Voluntaria deja un margen amplio a la adquisición de nuevas competencias. ¿Qué futuro prevé en este sentido?

R: La verdad es que en 2015 se atribuyeron muchas nuevas competencias a los notarios. Una buena parte de ellas no están siendo utilizadas por los operadores jurídicos en gran parte por su desconocimiento. Yo creo que antes de asumir nuevas habrá que poner en pleno funcionamiento las que ya tenemos. La confianza del legislador en el notario es fundamental y fundamentada. El notario vela por los intereses generales, protege a los otorgantes de sus documentos pero también a los que no están presentes, a la generalidad de los ciudadanos. Ello propicia que el legislador le encomiende funciones que le convierten en autoridad e incluso en tribunal a efectos de normativa comunitaria. Por ello el futuro en este sentido lo veo muy favorable para el notariado pero, insisto, hay que hacerlo como hasta ahora para evitar la posible



desnaturalización de nuestra profesión. Somos esencialmente notarios y estas nuevas funciones no son estrictamente notariales; el notario presta un importante servicio a la sociedad al desempeñarlas, especialmente descargando de trabajo a los órganos judiciales, pero no es el "core" de nuestra función.

P: En el ámbito de la resolución alternativa de conflictos, ¿cuál debe ser el objetivo de la Fundación Mediación Notarial y del Centro de Mediación y Conciliación Notarial?

R: El Colegio Notarial ha apostado fuerte por la resolución alternativa de conflictos. Formamos parte de la Justicia con mayúsculas y podemos ayudar a que el ciudadano quede satisfecho con la resolución de un conflicto. El Colegio Notarial de Cataluña tiene como partner en esta materia a la fundación británica CEDR, número uno en mediación y formación de mediadores, y ha preparado un importante número de éstos que forman parte de nuestro Centro

de Mediación. Pero tenemos un problema que es generalizado en España: que no hay mediaciones, y no las hay porque no hay cultura de mediación. Los proyectos de ley preparados por el Ministerio de Justicia parece que van a impulsar estas materias y, para ese momento, estamos preparados. No solo para la mediación sino también para la conciliación mediante el procedimiento que al efecto prevé la Ley del Notariado. Por tanto nuestro objetivo es estar preparados, de hecho ya lo estamos, para dar respuesta a la posible demanda de estos servicios que derive de la futura legislación, ofreciendo una mediación o conciliación de élite en materia civil y mercantil.

P: En cuanto al Derecho civil y desde la presencia y peso en la Comisión de Codificación de Cataluña, ¿qué líneas se trabajan actualmente?

R: El notariado actual de Cataluña ha seguido los pasos de sus ilustres antecesores colaborando en la conservación y desarrollo del derecho civil catalán, y es-

pecialmente en su reciente codificación. En ningún sitio como en las notarías se aplica diariamente esta normativa; cada notario individualmente contribuye a enriquecerlo en cada una de sus actuaciones. Y junto a esta tarea, cotidiana pero importantísima, tenemos un numeroso grupo de compañeros que realiza una tarea impagable en la Comisión de Codificación redactando las futuras leyes que completarán el Código Civil de Cataluña. Los notarios aportamos, además de unos conocimientos cualificadísimos, un sentido práctico y un conocimiento de la realidad jurídica y de su problemática que permite que las leyes que tienen su origen en la Comisión tengan el nivel técnico y resolutivo que tienen. Hemos trabajado en la regulación de los derechos de las personas con discapacidad. La reciente ley estatal cambia el paradigma en esta materia y exigía una rápida y nueva regulación en el Código Civil de Cataluña. Esperemos que en un breve plazo tengamos un texto positivo moderno y, sobre todo, adaptado a la Convención de Nueva York y demás textos que regulan las situaciones de posible discapacidad.

Se está trabajando con la Consellería en mejorar el Registro de Parejas Estables e y en las necesarias adaptaciones que requiere la nueva legislación en materia de discapacidad

P: ¿Cómo debe ser la relación con el resto de operadores jurídicos? ¿Proyectos destacados?

R: Las relaciones son buenas con todos ellos. La pandemia ha ralentizado posibles actuaciones conjuntas pero los niveles mínimos de colaboración se han mantenido. En el futuro esperamos poder intensificar estas relaciones en la misma forma que veníamos haciendo: seminarios conjuntos, intercambio de publicaciones, y protocolos de actuación en materias notariales en que intervengan otros profesionales. Me gustaría destacar especialmente las relaciones con el colectivo judicial respeto del que tenemos la suerte de participar en su formación en la Escuela Judicial y tener un contacto permanente con sus órganos de gobierno.



Entrevista



P: La acción social, vehiculada a través de la Fundación de los Notarios de Cataluña, es otro de los ámbitos destacados de la institución. ¿Qué enfoque prevé? ¿Y en la Academia de Opositores de Cataluña?

R: La actual situación social hace que cobre enorme relieve nuestra fundación. En esta nueva etapa se ha incorporado como Directora la notaria María Teresa Martín Peña, que formó parte de la Junta Directiva durante ocho años, y que tiene una enorme sensibilidad social. Nuestros proyectos de colaboración con entidades del tercer sector y en pro de las personas más desprotegidas se van a intensificar. Por lo que respecta a la Academia de Opositores debe servir como indicio de nuestro apoyo el hecho de que se haya incorporado a la Junta Directiva del Colegio su director Albert Domingo, persona totalmente entregada a esa organización y a quien quiero

agradecérselo especialmente. El Colegio va a seguir poniendo los medios necesarios para mantener esta importante cantera notarial que tantos éxitos está teniendo en los últimos años y va a potenciar el sistema de becas que haga accesible a cualquier persona la preparación de nuestras oposiciones. También estamos diseñando actuaciones en las diferentes universidades de Cataluña para que los alumnos más brillantes puedan sentirse atraídos por nuestra profesión.

P: El Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, alojado en el Colegio, tiene un valor muy destacado tanto documental como histórico y social. En este sentido, ¿qué destacaría y qué acciones están previstas para potenciarlo?

R: Nuestro archivo es un auténtico tesoro, pero un tesoro relativamente escondido. Nos hemos planteado como objetivo intensificar su visibilidad a través

de redes sociales y visitas organizadas a nuestro Colegio. La riqueza del mismo impresiona a todos cuantos tienen la oportunidad de verlo, hecho este que nos anima a utilizarlo como exponente de la excelencia de nuestra profesión. En este sentido quiero destacar la enorme tarea que está realizando la Fundació Noguera con sus múltiples publicaciones que permiten difundir su conocimiento entre los especialistas en la materia. Por otro lado también quería recordar que recientemente el Colegio Notarial ha adquirido una nave en Barcelona que va a ser adaptada para albergar parte del Archivo de Protocolos y paliar el gran problema de espacio que tenemos para almacenar el ingente volumen de tomos que ingresa cada año en el Colegio Notarial.

Los esfuerzos deberán dirigirse a lograr intercomunicación digital entre los distintos notariados de la UE, permitiendo la colaboración entre notarios de diversos países, y a la creación de sistemas que permitan conocer de forma inmediata y profunda las respectivas legislaciones

P: ¿Qué mensaje quiere lanzar a los notarios?

R: Me gustaría trasladarles un mensaje de optimismo dentro del escenario de dificultades en el que nos movemos. La fuerza de nuestro colectivo nos ha servido siempre para mejorar y prosperar, pero es necesario trabajar y se requieren muchas manos y medios. Hay que invertir en la profesión tanto con recursos humanos como económicos. Son muchísimos los retos y limitados los medios. Pero las cosas, creo, se están haciendo bien y poco a poco se van solidificando las nuevas bases sobre las que nos asentamos. Si algo creo necesario es que se mantenga e incremente el nivel ético y deontológico con el que debemos actuar. No estamos en el mercado, somos también funcionarios, y la parte más importante de nuestra profesión es decir no cuando hay que decir no. Siempre debemos recordar que somos notarios.

Análisis de la Ley 6/2020 de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza

Francisco Javier García Más

Notario de Tarancón (Cuenca)

Ex letrado adscrito en la Dirección General de los Registros y del Notariado (en la actualidad DGSJyFP)

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II. ANÁLISIS DEL TEXTO

A.- INTRODUCCIÓN

B.- ART 3. EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. FE PÚBLICA Y SERVICIOS ELECTRÓNICOS DE CONFIANZA

C.- DISPOSICIÓN DEROGATORIA

III.- OTRAS CUESTIONES REGULADAS EN LA LEY 6/2020 DE 11 DE NOVIEMBRE

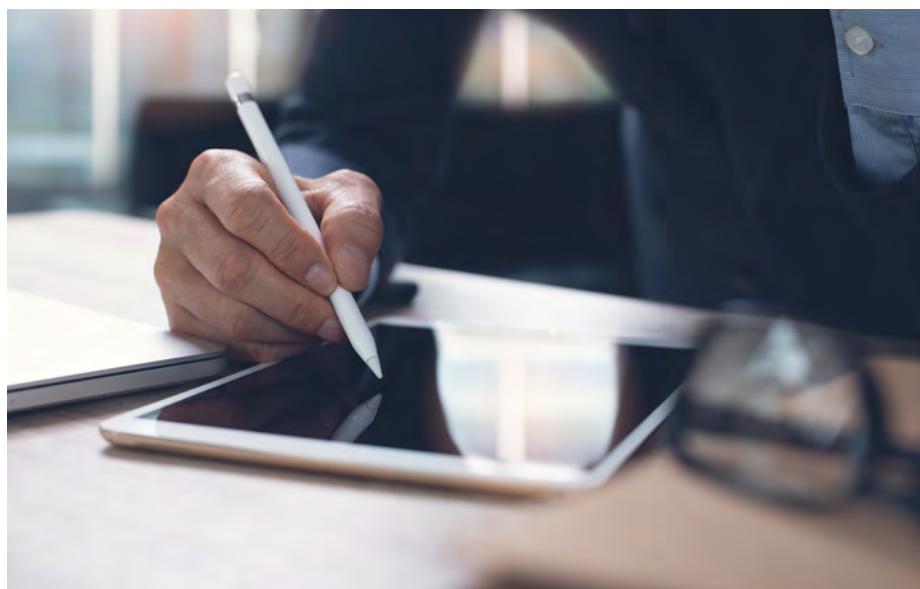
A.- IDENTIFICACIÓN Y ATRIBUTOS DE LOS TITULARES DE CERTIFICADOS CUALIFICADOS

B.- VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LOS CERTIFICADOS

C.- OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS DE CONFIANZA.

D.- LA SUPERVISIÓN Y CONTROL.

E.- OTROS TEMAS



I.- Introducción

La ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, indica en su preámbulo, que no realiza una regulación sistemática de los servicios electrónicos de confianza, ya que estos han sido regulados por el Reglamento UE, n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23

de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, **en adelante RIE**, y por el que se deroga la Directiva 1999/93 que, por respeto al principio de primacía del Derecho, no debe reproducirse total o parcialmente.

Asimismo, también dispone que la función de la Ley es complementar los aspectos



tos concretos que el Reglamento no ha armonizado y cuyo desarrollo prevé en los ordenamientos de los distintos Estados miembros cuyas disposiciones deben interpretarse conforme a este.

El objetivo de nuestro trabajo es intentar analizar esta ley que, como indica su preámbulo, supone un complemento del Reglamento 910/2014, al que ya nos hemos referido en otras ocasiones y analizar ciertamente si esta genera algún cambio esencial en la normativa sobre nuevas tecnologías que existía hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico.

Intentaremos hacerlo principalmente en relación con la función notarial en la concepción general de la que ya hemos hablado en muchas ocasiones. También intentaremos analizar algunos aspectos de esta Ley como desarrollo y complemento del Reglamento Europeo (RIE) y, en su caso, si se han producido algunos cambios en aquellos principios básicos que existían y que defendimos a lo largo de mucho tiempo ya desde el comienzo de la aparición de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas que, por primera vez, introdujo la aplicación de las nuevas tecnologías en la función notarial y en la función registral, así como otras leyes de desarrollo en el Reglamento Notarial en relación con las nuevas tecnologías y otras que también han servido como punto importante al fenómeno del Derecho y esas nuevas tecnologías, partiendo de la Directiva del Comercio Electrónico y su transposición en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información. En definitiva, intentaremos trasladar nuestra opinión, a modo de resumen, de lo que consideramos en este momento ha sido el punto de arranque y el punto donde nos encontramos actualmente.

II.- Análisis del Texto

A.- Introducción

El artículo 1 ley establece que la presente Ley tiene por objeto regular determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza como complemento del Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2004, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y

FICHA TÉCNICA



Resumen: Las nuevas tecnologías están al servicio de la sociedad, del ciudadano, del sistema jurídico y de la seguridad jurídica y nunca al revés. La función Notarial, puede y debe utilizar las mismas, respetando sus principios esenciales y siempre en favor y a disposición de la Sociedad, La confianza es un elemento esencial para el desarrollo y aplicación de estos nuevos instrumentos.

Palabras clave: Nueva tecnologías. Firma electrónica. Seguridad jurídica. Terceros de Confianza. Sistema documental. Función Notarial.

Abstract: New technologies are at the service of society, the citizen, the legal system and legal security and never the other way around. The Notarial function can and should use them, respecting their essential principles and always in favor and at the disposal of the Company. Trust is an essential element for the development and application of these new instruments.

Keywords: New technologies. Electronic signature. Legal security. Trusted Third Parties. Documentary system. Notarial function

por el que se deroga la Directiva 1999/93. Su ámbito de aplicación son los prestadores públicos y privados de servicios electrónicos de confianza, establecidos en España, y los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado que tengan un establecimiento permanente situado en España, siempre y cuando ofrezcan servicios no supervisados por autoridad competente de otro país de la Unión Europea. Este apartado es consecuencia del propio Reglamento.

En numerosas ocasiones, he tenido la oportunidad de poder explicar mi percepción del fenómeno de las nuevas tecnologías en relación con el sistema jurídico⁽¹⁾, y, específicamente, en un sistema de Derecho latino-germánico continental en el que se sitúa España y gran parte de los países de Europa, de la Unión Europea, en concreto, de los 28 países de la Unión Europea, 23 pertenecen a este sistema.

Siempre defendí también que las nuevas tecnologías están al servicio de la sociedad, del ciudadano, del sistema jurídico y de la seguridad jurídica y nunca al revés y, como consecuencia de ello, y en relación con el tema en el que he trabajado más específicamente, de la función notarial y al servicio de la seguridad jurídica preventiva.

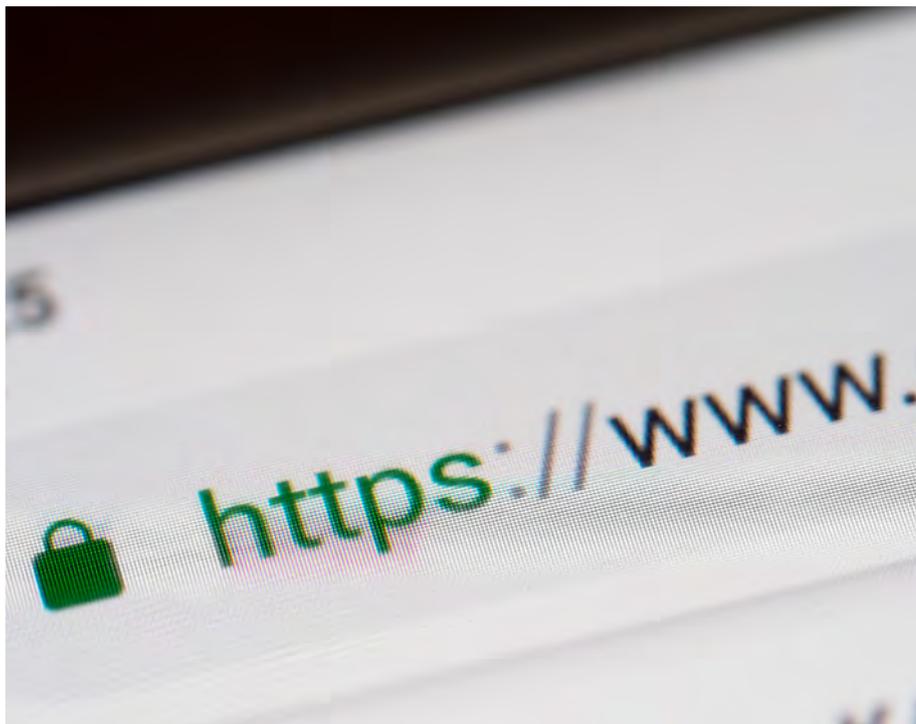
Históricamente, en España tuvieron lugar transposiciones de directivas muy importantes, como la famosa Directiva de firma electrónica, actualmente derogada por el ya citado Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014. Una Directiva que supuso un

punto esencial en el ámbito coordinado y de la armonización de un nuevo instrumento tecnológico que se plantea para poder, ciertamente, desarrollar el fenómeno de las nuevas tecnologías y, concretamente, del comercio electrónico y de los servicios de la sociedad de la información.

Por su parte, la Directiva 1999/93/CE de Comercio Electrónico 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, fue un punto esencial para crear un ámbito normativo y coordinado sobre los servicios de la sociedad de la información y, como consecuencia de esta, las leyes de transposición de estas directivas fueron la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico.

Especial consideración en el fenómeno de las nuevas tecnologías y la función notarial tiene la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social. Esta marcó un hito esencial en la introducción de las nuevas tecnologías en la función notarial y registral, con la definición, entre otros, del documento notarial electrónico en su consideración de matriz electrónica, así como su engarce en el sistema y eso desarrollado como indicábamos en la introducción del presente trabajo, por la reforma del Reglamento Notarial que se llevó a cabo en el año 2007.

La Ley 24/2001 fue precursora no solo en Europa, sino en todo el mundo, al establecer una firma electrónica de calidad, de alta



calidad, hoy denominada en el RIE como un instrumento técnico al servicio de la función notarial, al servicio de la seguridad jurídica preventiva, al servicio de los ciudadanos sin perder un ápice los principios básicos de esa función, como la identificación, el juicio de capacidad de legitimación, el control material y formal del documento público, el asesoramiento notarial esencial, la adecuación de la voluntad del ciudadano plasmada en instrumento público de la manera más adecuada para conseguir los fines lícitos que desean las partes.

En definitiva, este conjunto normativo que hemos indicado anteriormente determina un esquema conexas, lógico y seguro, sin alterar los principios de la seguridad jurídica, de nuestro sistema jurídico, y yo diría que, en algunos aspectos, acrecentándolos y dotándolos de mayor seguridad como por ejemplo el acceso telemático de las copias autorizadas en el Registro de la Propiedad y Mercantil, como una de las muchas aplicaciones que ya se plasmaron en la citada ley 24/2001, que después fueron desarrolladas en la Ley del Notario, en la Hipotecaria y en los Reglamentos Notarial e Hipotecario.

Este punto de partida y su evolución nos han llevado siempre a defender que los

principios básicos deben permanecer sin alterarse, que los principios básicos deben sin duda permanecer para que luego no desaparezca la esencia de una función, de una profesión o de un sistema. Los instrumentos tecnológicos serán un medio para conseguir un fin, la finalidad de una mayor seguridad jurídica, de una mejor prestación del servicio, de una función, y en este caso, la función notarial

No es el momento en este trabajo de analizar los servicios de confianza que ya en su momento hicimos en algún trabajo ⁽²⁾, en nuestro análisis del RIE, con los problemas que se planteaban en relación con la identificación electrónica, con los servicios de confianza y los prestadores de servicios de confianza tanto desde el punto de vista de la firma electrónica como del sello electrónico o de las páginas web, etc.

Lo que sí es importante en este momento es analizar y ver si esta nueva Ley ha alterado alguno de estos principios o ha dejado huérfano algunos de estos.

En su momento, cuando analicé el anteproyecto de Ley, indiqué que no me parecía oportuno que se derogara la Ley de Firma Electrónica, porque consideraba que

podía ser compatible efectivamente con el RIE, sobre todo en algunos artículos o principios básicos y ello con independencia de que hubiera que modificar algunos aspectos de dicha Ley de Firma Electrónica.

B.- Art. 3. Efectos jurídicos de los documentos electrónicos. Disposición Adicional Primera. Fe Pública y servicios electrónicos de confianza

El artículo 3 de la Ley hace referencia a los efectos jurídicos de los documentos electrónicos.

Cuando analicé el anteproyecto de Ley, no fui favorable a que se introdujeran en esta los efectos jurídicos del documento electrónico, ya que estos estaban inmersos en la propia normativa general, como en la Ley de Comercio Electrónico, en la Ley de Firma Electrónica, en definitiva, en la Ley del Notariado, artículo 17 bis, que habla del documento electrónico matriz, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.

No obstante, ahora con la derogación de la Ley de Firma Electrónica me parece más oportuno e interesante lo consignado en el artículo 3, en cuyo apartado primero se establece que *“los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que le resulte aplicable.”*

Este apartado 1 del artículo 3 me parece muy importante y esencial, porque realmente está describiendo de una manera casi idéntica lo que establecía la ley de firma electrónica derogada por esta Ley.

Este apartado 1 del artículo 3 me parece muy importante y esencial, porque realmente está describiendo de una manera casi idéntica lo que establecía la ley de firma electrónica derogada por esta Ley

En este aspecto, el artículo 3 de la derogada Ley de Firma Electrónica, del que también hemos tenido ocasión de hablar en muchísimas ocasiones, hacía referencia a los tipos de firma electrónica y a los documentos firmados electrónicamente.

En su momento, este artículo fue muy importante, ya que por parte de algún sector se quería crear un nuevo sistema documental confundiendo el continente con el contenido y determinando que, además del documento público o privado en soporte papel, podía surgir una nueva categoría documental, como era la del documento privado electrónico que, con una determinada firma electrónica, la de mayor calidad, por ejemplo, la firma electrónica reconocida hoy cualificada, podría suponer un documento cuasi público o público.

En definitiva, una nueva categoría documental. Esta circunstancia llevó a un estudio sosegado de esta y se vio la necesidad de aclarar conceptos, que ya lo estaban, porque la ley 24/2001 que introduce el artículo 17 bis en la Ley del Notariado definiendo lo que es el documento público notarial electrónico deja bien claro que es lo mismo que el documento público notarial en soporte papel y que lo que varía es simplemente el soporte.

El documento será público o privado según reúna los requisitos establecidos por la Ley. Será un documento público con independencia del soporte electrónico o papel, siempre y cuando esté autorizado por una persona habilitada por la ley, que es un funcionario público para dar fe en el caso de documentos notariales, autorizado por un Notario, además de otros tipos de documentos públicos, como los administrativos y los judiciales

El documento será público o privado según reúna los requisitos establecidos por la Ley. Será un documento público con independencia del soporte electrónico o papel, siempre y cuando esté autorizado por una persona habilitada por la ley, que es un funcionario público para dar fe en el caso de documentos notariales, autorizado por un Notario, además de otros tipos de documentos públicos, como los administrativos y los judiciales.

El artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica establecía claramente que los documentos a los que se refiere el apartado anterior



tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza de conformidad con la legislación que le resulte aplicable.

Si tenemos en cuenta esa redacción, veremos que ciertamente es idéntica a la que anteriormente se indicaba, puesto que el apartado anterior del artículo 3 de la firma electrónica, concretamente el 6, hacía referencia a los documentos privados, los documentos administrativos y los documentos públicos. Es decir, realmente hay una similitud, bastante grande, lo que significa para nosotros que se mantienen perfectamente las ideas básicas y esta es que el documento será o privado o público, según reúna los requisitos establecidos en la Ley para su elaboración con independencia del soporte electrónico o del soporte papel.

El soporte simplemente es un medio técnico, un instrumento para poder materializar o representar ese documento; con ello creo que queda aclarado el tema de que nuestro sistema documental no resulta alterado en ningún aspecto y en ninguna circunstancia, sino que muy al contrario simplemente queda confirmada la teoría que habíamos indicado.

No podemos olvidar que el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica hoy derogada definía en el apartado 6 lo que era docu-

mento público electrónico debiendo estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de da fe pública, judicial, notarial o administrativa siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en su caso.

También hacía referencia a los documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de su función pública conforme a la legislación específica y, por último, a los llamados documentos privados.

El apartado 2 de este artículo 3 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, hace referencia a la prueba de los documentos electrónicos y lo hace en relación con los documentos electrónicos privados, distinguiendo si se han utilizado servicios de confianza cualificados o no cualificados.

Por otro lado, en disposición final segunda de la Ley 6/2020 se modifica el apartado 3 del artículo 326 la Ley de Enjuiciamiento Civil, que queda redactado de la siguiente manera "Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo solicite o se impugne su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico por un servicio electrónico de confianza no cualificado (...) se procederá con arreglo a lo establecido en



el apartado 2 del presente artículo y en el Reglamento (UE) n.º 910/2014”.

Asimismo se añade un apartado 4 al citado artículo 326 en el sentido de que “si se hubiera utilizado algún servicio de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento citado en el apartado anterior, se presumirá que el documento reúne la característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si figuraba, en el momento relevante a los efectos de discrepancia, en la lista de confianza de prestadores de servicios cualificados”, teniendo en cuenta no obstante que “si aun así se impugnare el documento electrónico, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación”.

Teniendo en cuenta este texto, vemos que hay una similitud importante con el apartado 8 del artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica

Esto lo que hace es confirmar de nuevo, como no podía ser de otra manera, lo que ya se había establecido claramente, es decir, el carácter de prueba plena documental del documento electrónico, en sus diversas modalidades, con los diversos efectos según las distintas categorías, sea público o privado.

En relación con la prueba de los documentos electrónicos, el artículo 46 del Reglamen-

to (RIE) de la Unión Europea establece en relación con los efectos jurídicos de los documentos electrónicos, que no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a un documento electrónico por el mero hecho de estar en formato electrónico.

Ello está claro que en modo alguno altera el sistema documental de cada Estado, ni el de las obligaciones y contratos o la forma de estos o el sistema registral, como ya hemos indicado anteriormente.

Conectamos el artículo 46 con el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 6/2020.

Ya se había confirmado, por la Ley de Comercio Electrónico, basada en la Directiva de Comercio Electrónico, y por la Ley de Firma Electrónica del carácter del documento electrónico como prueba plena y no como simple regla de la sana crítica evaluable por el juez.

Ya en su momento comentamos la evolución de la conceptualización del documento electrónico, los distintos textos desde la primera Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, muy timorata en la materia, donde ese documento electrónico en cuanto a prueba se remitía a la regla de la sana crítica hasta el momento actual como acabamos de indicar.

Cuando en el artículo 3 de la Ley 6/2020, de 12 de noviembre, se hace referencia a los documentos electrónicos públicos, a los administrativos, junto con los privados, es necesario quizás analizar por qué se hace esa diferencia de terminología entre los públicos y los administrativos...

Quizás pueda hacer referencia a los que, en el ya derogado artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica, se definían como los documentos expedidos y firmados por funcionarios o empleados públicos en ejercicio de sus funciones públicas conforme a su legislación especial. Ya dijimos en su momento que ese tipo documental hacía referencia a aquellos documentos que han sido definidos como documentos oficiales que no tienen técnicamente la consignación de documentos públicos, pero que están expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos, claro está, en el ejercicio de su función.

Cuando en el artículo 3 de la Ley 6/2020, de 12 de noviembre, se hace referencia a los documentos electrónicos públicos, a los administrativos, junto con los privados, es necesario quizás analizar por qué se hace esa diferencia de terminología entre los públicos y los administrativos

Estos no debían quedar englobados en los documentos públicos en general, ya que tanto doctrinal como jurisprudencialmente se marcaba la diferencia y buena prueba de ello es que el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge un listado tasado y cerrado de qué es documento público a los efectos de dicha norma y los números 5 y 6 definen el documento público, como el expedido por funcionario público legalmente facultado para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. Por eso, estos documentos públicos o públicos administrativos no comprendidos en los números anteriores no se engloban en dicha categoría de documento público y no están dentro del artículo 317 en cuanto a la definición de documento público, y ello con independencia de que su eficacia probatoria de cara al proceso fuera pública o cuasi pública, y por ello se incluyeron en el artículo 319.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

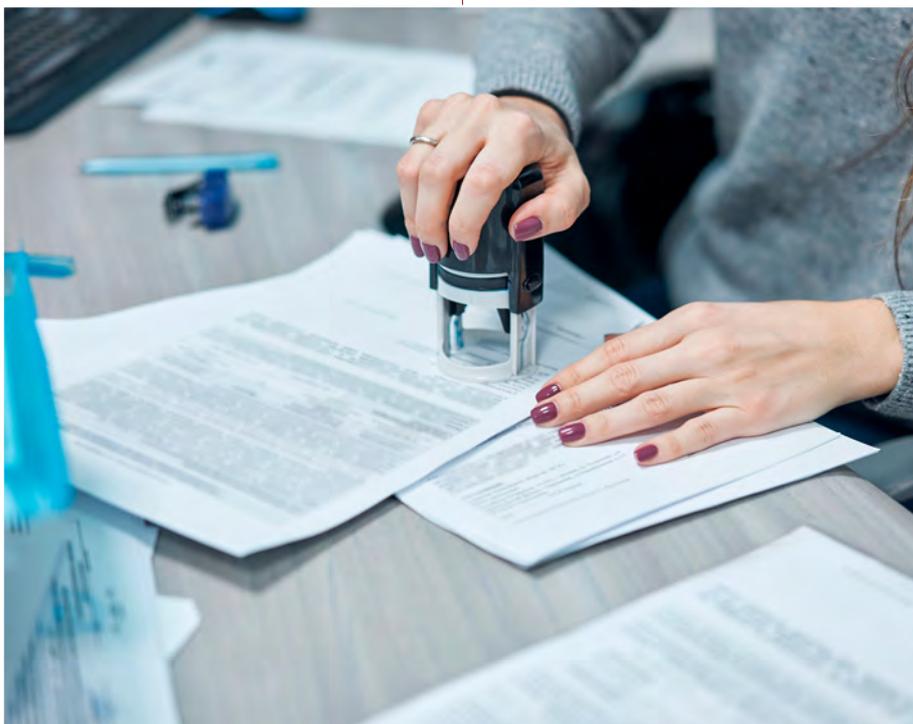
Incluso el punto undécimo de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge la necesidad de otorgar valor documental cuasi público en el proceso a esos documentos expedidos por funcionarios públicos, mas sin ser documentos públicos en el sentido del artículo 1216 del Código Civil, y en idéntico sentido el Tribunal Supremo acoge la distinción, entre otras, en la sentencia de 10 de octubre de 1997.

En definitiva, la idea básica es que los documentos oficiales, es decir los administrativos, no públicos, o si se prefiere los documentos públicos por su origen, los que provienen de una Administración, pero no de un funcionario, que dan fe pública, tienen un valor probatorio cualificado respecto al simple documento privado, pero no son documentos públicos en el sentido conceptual que hemos indicado y con los argumentos anteriormente enunciados.

Por ello, me parece adecuada la distinción entre documento público y documento administrativo, que era la diferencia que se establecía en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica, entre el documento público y los documentos oficiales.

Otra cuestión muy importante a la que queremos hacer referencia y además sobre la que hemos hablado en muchas ocasiones, es determinar, si estas nuevas tecnologías, estos nuevos prestadores de servicios de confianza, antes prestadores de servicios de certificación de firma electrónica, podrían alterar o sustituir los principios básicos de la función de dar fe pública en todos los aspectos, tanto la fe pública notarial como la judicial como la administrativa, y si ciertamente se habían creado nuevas figuras o estructuras que lo alterarían

Otra cuestión muy importante a la que queremos hacer referencia y además sobre la que hemos hablado en muchas ocasiones, es determinar, si estas nuevas tecnologías, estos nuevos prestadores de servicios de confianza, antes prestadores de servicios de certificación de firma electrónica,



podrían alterar o sustituir los principios básicos de la función de dar fe pública en todos los aspectos, tanto la fe pública notarial como la judicial como la administrativa, y si ciertamente se habían creado nuevas figuras o estructuras que lo alterarían.

Me dediqué durante mucho tiempo a establecer ciertamente que esto no era así y es que además la legislación y la normativa que iba surgiendo así lo iba constatando.

La nueva Ley 6/2020 sigue confirmando, como no podía ser de otra manera, lo que ya había quedado consolidado.

Para poder analizar este apartado me gustaría partir del texto actual de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, contenido en la disposición adicional primera relativa a la fe pública y servicios electrónicos de confianza.

En esta se establece que: *“Lo dispuesto en esta Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias.”*

Para poder analizar este artículo es necesario estudiar y repasar históricamente cómo hemos llegado a este y cómo cierta-

mente estos principios no se han alterado ni se han modificado.

El artículo 2 del Reglamento UE 910/2014, de 23 de julio de 2014 (RIE), relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza regula su ámbito de aplicación y el apartado tercero de dicho artículo 2 tiene un aspecto esencial, ya que establece que el Reglamento no afecta al Derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y la validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimientos relativos a la forma.

En este sentido, el Considerando 21 del citado Reglamento deja bien claro, como aspecto explicativo, que tampoco debe regular el Reglamento los aspectos relacionados con la celebración y la validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos por el Derecho nacional o de la Unión y asimismo tampoco debe afectar a los requisitos nacionales de forma correspondiente a los registros públicos en particular a los registros mercantiles y de la propiedad.

La Directiva 1999/93, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre del 1999 ya derogada, disponía en el párrafo segundo del artículo 1 que la presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los con-



tratos u otras obligaciones legales cuando existen requisitos de forma establecidos en la legislación nacional o comunitaria ni afectan a las normas y límites contenidos en la legislación nacional o comunitaria que rigen el uso de documentos.

La Ley española de Firma Electrónica, Ley 59/2003, de 19 de diciembre, hoy también derogada, establecía en el artículo 1 relativo al objeto, y en concreto en el apartado segundo lo siguiente *“que las disposiciones contenidas en esta Ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos, ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten”*.

La Directiva 2000 3/31 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2003, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior, en su artículo 1 relativo al objetivo y ámbito de aplicación determina en el número cinco que dicha Directiva no se aplicará, entre otras actividades de servicios de la información, a la de los Notarios o profesionales equivalentes en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de autoridad pública.

Esto no podía significar en absoluto que los Notarios debían estar apartados de las nuevas tecnologías, y del comercio electrónico y, en general, de los servicios de la sociedad de la información. Muy al contrario, pueden y deben estar presentes, y así lo hemos visto en todo el fenómeno del comercio electrónico. Lo que ocurre es que en el campo de la función notarial existe una competencia reservada a cada uno de los Estados miembros de la Unión, que está bajo la soberanía de cada uno de ellos, puesto que la función notarial de tipo latino determina que el Notario es oficial público en el que el Estado delega un aspecto de su soberanía, de su competencia a través de la fe pública y de todo ello deriva que serán cada uno de los Estados miembros los que deben legislar, ordenar y determinar las cuestiones relativas a las nuevas tecnologías, las comunicaciones telemáticas, la firma electrónica y el Notariado.

La disposición adicional de la citada Ley 59/2003 de Firma Electrónica hoy derogada, cuya rúbrica era la de fe pública y uso de firma electrónica, exponía con claridad lo que hemos indicado al establecer que *“lo dispuesto en esta Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de*

sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley”.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico se refiere a los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

Es corolario del artículo 1 del apartado 5 de la Directiva de Comercio Electrónico y, además, creo que con un enunciado que mejora el significado de la exclusión, de estos servicios del ámbito de aplicación de la Ley, y que no significa que no se puedan realizar las actividades y servicios de la sociedad de la información por los Notarios, sino que se registrarán por su normativa específica.

El artículo 5 excluye los servicios prestados por Notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus funciones públicas, así como los servicios prestados por abogados y procuradores en ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio, pero que deja claramente indicado que se registrarán por su legislación específica, legislación propia de cada uno de los Estados miembros como en España ha sido la Ley de Comercio Electrónico, la Ley de Firma Electrónica, la Ley del Notariado, el Reglamento Notarial, la Ley de 24/2001, etc.

C.- Disposición Derogatoria

En su disposición final derogatoria, establece que quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la Ley y, en particular, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Asimismo, el artículo 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la Orden del Ministerio de Fomento, de 21 de febrero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica,

En cuanto a la derogación total de la Ley de Firma Electrónica, creemos que se podría haber mantenido parcialmente, en nuestra opinión, ya que consideramos que el RIE, no producía un choque frontal con esta, sino que se podría haber mantenido con las modificaciones correspondientes

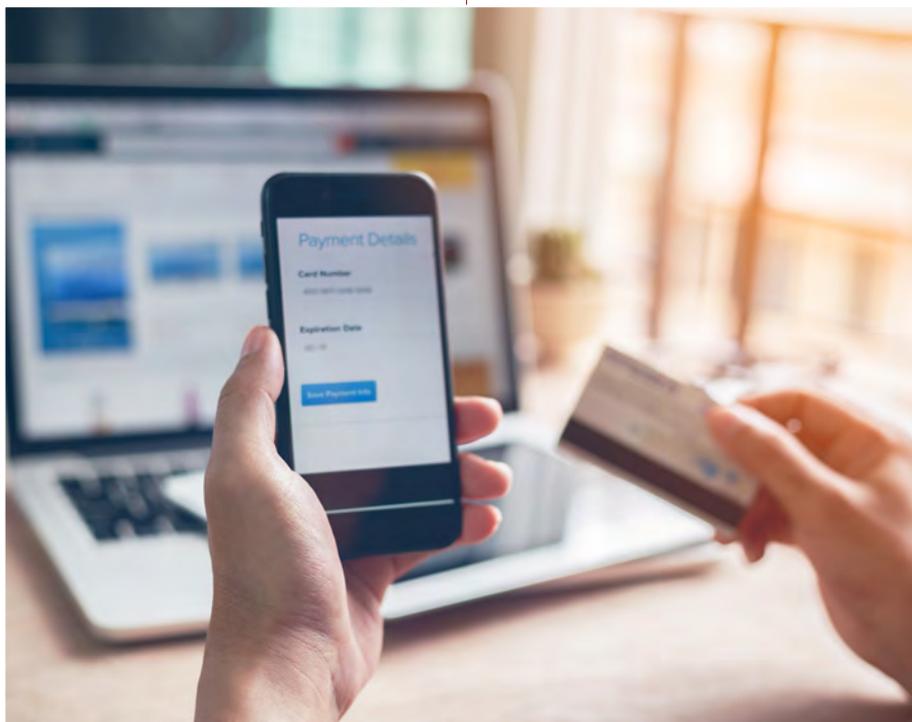
y de adaptación, eliminando aquellos preceptos incompatibles con el RIE (Reglamento UE 910/2014), y modificando dicha Ley en lo pertinente, ya que suponía un bloque normativo bien armado. Buena prueba de lo que decimos es que contenidos de artículos de la nueva Ley que analizamos son idénticos o similares a los de la Ley de Firma Electrónica.

En efecto, en cuanto a la derogación del artículo 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico, la disposición derogatoria de la ley 16/2020, de 11 noviembre, establece que quedan derogados, entre otros, este artículo 25 de la Ley 34/2002.

Me gustaría realizar un análisis un poco histórico del porqué de ese artículo 25, su significado y su incidencia en el mundo de las nuevas tecnologías en relación con la función pública y la fe pública notarial que de nuevo determinaba, ciertamente, dejar constatado que estas nuevas tecnologías en absoluto transformaban ni cambiaban los principios del sistema jurídico, ni tampoco los de la función notarial. Y creo necesario hacerlo para ver un poco el sentido y la filosofía que nosotros habíamos dado a la figura del llamado **tercero de confianza**, y lo que este significaba en el mundo de los servicios de la sociedad de la información.

En efecto, en cuanto a la derogación del artículo 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico, la disposición derogatoria de la ley 16/2020, de 11 noviembre, establece que quedan derogados, entre otros, este artículo 25 de la Ley 34/2002

El preámbulo de la ley 6/2020, de 11 de noviembre, entre otros aspectos y en concreto este del artículo 25, establece que, mediante la presente Ley, se deroga el artículo 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, referido a **los terceros de confianza** debido a que los servicios ofrecidos por este tipo de proveedores se encuentran sumidos en los tipos regulados por el Reglamento (UE) 910/2014



(RIE), fundamentalmente los servicios de entrega electrónica certificada y de conservación de firmas y sellos electrónicos.

Realmente, en relación con los terceros de confianza, una de las cuestiones que siempre me ha preocupado en la materia del comercio electrónico en general, es la incardinación y la adaptación a nuestro sistema jurídico de la figura del tercero de confianza y, sobre todo, la errónea interpretación, que a veces se le ha querido dar, en particular, porque se quiere importar una figura creada fundamentalmente en el Derecho anglosajón o en el Derecho americano, que es donde surge la esencia del comercio electrónico.

La necesidad de la creación de esa figura en estos sistemas viene del desconocimiento de la existencia de otras figuras en el Derecho continental romano latino, que ya estén inventadas hace mucho tiempo, y esa necesidad surge porque es necesario establecer algún mecanismo de control y de seguridad en el comercio y en la contratación electrónica.

Más aún, mi preocupación ha sido la de querer dejar claro que la intervención de esos terceros de confianza en nada altera la función pública notarial, ni se asimilan los efectos de esa intervención del tercero de confianza a la de los Notarios.

Para poder dar una contestación adecuada a la hora de establecer la necesidad o no de la inclusión de la figura de los terceros confiables, sería necesario analizar el marco jurídico en el que surge el comercio electrónico, así como los mecanismos e instrumentos utilizados en determinados países con sistemas jurídicos muy diferentes a los existentes en los países de los sistemas latino romano continentales.

El comercio electrónico se establece y surge en Estados Unidos, y es por este motivo que, desde un primer momento, se determinan las primeras leyes sobre el comercio electrónico en varios Estados.

Este no puede funcionar por sí mismo de manera autónoma y necesita de organismos en los que apoyarse y así surgió en la Asociación Norteamericana de Abogados el llamado Proyecto Cyber Notario, resultando necesario en todo el esquema un tercero de confianza de las partes (Trusted Third Party), los TTP, tercero en cuanto las partes, y también respecto al proveedor del servicio.

Esa Autoridad de certificación debe tener un encaje en el sistema y así los norteamericanos y, en especial, la American Bar Association se dieron cuenta en seguida de la insuficiencia de sus mal llamados Notarios para llevar a cabo este cometido, ya



que en general en el sistema jurídico norteamericano no existe un sistema notarial. Y sí un sistema de documento privado, al que puede o debe añadirse una diligencia de reconocimiento, porque la persona que ha firmado un documento declara ante un oficial autorizado que la firma es suya y este oficial en general es un Public Notary, como simple identificador y reconocedor, que firma y sella la diligencia.

Por ello, este sistema no cabe la menor duda que surge debido a las propias insuficiencias e incluso se inicia un proyecto conocido como ciber notario, queriendo introducir en Estados Unidos la figura de un profesional que, por un lado, estuviese dotado del poder de certificación que la autoridad por parte de cada Estado le otorga al Public Notary y, por el otro, estuviese dotado de la cultura jurídica propia de un abogado que ha aprobado los exámenes de admisión, que además realiza los cursos de actualización.

Por ello, consideramos que, cuando se habla de ese tercero de confianza en el sistema notarial latino, debe llegarse a la conclusión de que ese tercero de confianza, conforme a nuestro sistema jurídico, está inventado y tiene su regulación en la Ley del Notariado, en el Reglamento Notarial, en el Código Civil y en las leyes especiales,

y no es otro que el Notario, denominado de Derecho Civil, o Notario de tipo latino, sometido como funcionario público a una responsabilidad civil, penal y administrativa y, asimismo, se regula en la legislación española las características de esa función de la fe pública, las características de las declaraciones y juicios vertidos por el Notario, con el sistema de presunciones, así como la eficacia de la fecha de los documentos autorizados, bien protocolizados, incorporados al protocolo conforme establecido en los artículos 1210 y siguientes y 1225 y siguientes del Código Civil.

El sistema, pues, está inventado desde hace muchos años y, si se quiere inventar o se quería inventar un sistema diferente, habría que hacer una nueva Ley del Notariado cibernético.

El sistema norteamericano, como no tenía otra cosa, tuvo que inventar esa figura, pero en nuestro caso parecería absurdo y poco presentable políticamente esforzarse en hacer una nueva ley creando una nueva figura a la que se otorguen determinadas facultades.

No sería mala idea que, una vez que se realizara el contrato privado en su soporte informático, se llevara al Notario para incorporarlo, por ejemplo, al protocolo.

En ese momento, se constataría que se recibe en una determinada fecha, a tal hora, que se han comprobado las firmas electrónicas de los contratantes y que, una vez realizado esto, al haber un protocolo, también pasarlo a soporte papel por razones de seguridad. Por supuesto, estaría incluido el servicio de time stamping, que han prestado los fedatarios públicos desde su origen en la contratación en soporte papel, así como se ha regulado en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, en concreto, en el artículo 114.2, donde tiene perfecto encaje en el sentido que se ha comentado anteriormente, de las comunicaciones electrónicas recibidas y las que se envían a través de Notario, pudiendo ser almacenadas en soporte informático, y ello con los efectos, que dota la ley a la intervención notarial en cuanto a la constatación de hechos.

No sería mala idea que, una vez que se realizara el contrato privado en su soporte informático, se llevara al Notario para incorporarlo, por ejemplo, al protocolo

Esta preocupación fue transmitida en todo momento y creo que se recogía de manera adecuada en el artículo 25 de la Ley de Comercio Electrónico, hoy ya derogado, ya que el artículo 25 disponía como principio general que las partes contratantes podrán pactar que un tercero archivara las declaraciones de voluntad que integran los contratos y que se consignara la fecha y la hora en que dichas comunicaciones tuvieran lugar.

Ello es una consecuencia lógica del medio del soporte utilizado a los efectos de esa conservación en soporte electrónico, sobre todo, de cara a un futuro posterior cuando puedan surgir problemas entre las partes contratantes, pero ese archivo no tendrá más efectos que los propios que se pueden dar cuando las partes contratantes en soporte papel encomiendan la custodia de un contrato a un tercero y esa custodia podría tener distintas finalidades, pero nunca producir efectos especiales en cuanto a la autenticidad de la fecha así como al proceso contractual y las declaraciones de voluntad.

Como obligación se establecía en ese artículo 25 archivar en soporte informático

las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado, teniendo en cuenta que en ningún caso será inferior a 5 años.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 25, para no dejar lugar a dudas de lo indicado anteriormente, establecía que la intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas por el Derecho para dar fe pública. Estaba haciendo clara referencia a la función notarial, a la función de los Notarios, y es que además es lógico, ya que el tercero de confianza, llamado Notario, actúa por delegación de la soberanía del Estado desde hace muchos años y, además, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se regula el conjunto y abanico de posibilidades para la aplicación de las nuevas tecnologías a la función notarial y encajaría perfectamente. Como hemos analizado anteriormente, el artículo 114.2 de la Ley 24/2001 ha sido desarrollado por el Reglamento Notarial, en su redacción de 2007.

Por todo lo anterior considero que no debería haberse derogado el artículo 25 de la Ley de Comercio Electrónico y no solamente por el aspecto de la referencia a la intervención de los terceros de confianza que no pueden alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública, ya que hemos visto que este hecho o circunstancia puede quedar solventado por lo indicado en la propia disposición adicional primera de la Ley 6/2020

Por todo lo anterior considero que no debería haberse derogado el artículo 25 de la Ley de Comercio Electrónico y no solamente por el aspecto de la referencia a la intervención de los terceros de confianza que no pueden alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública, ya que hemos visto que este hecho o circunstancia puede quedar solventado por lo indicado en la propia disposición adicional primera de la Ley 6/2020.



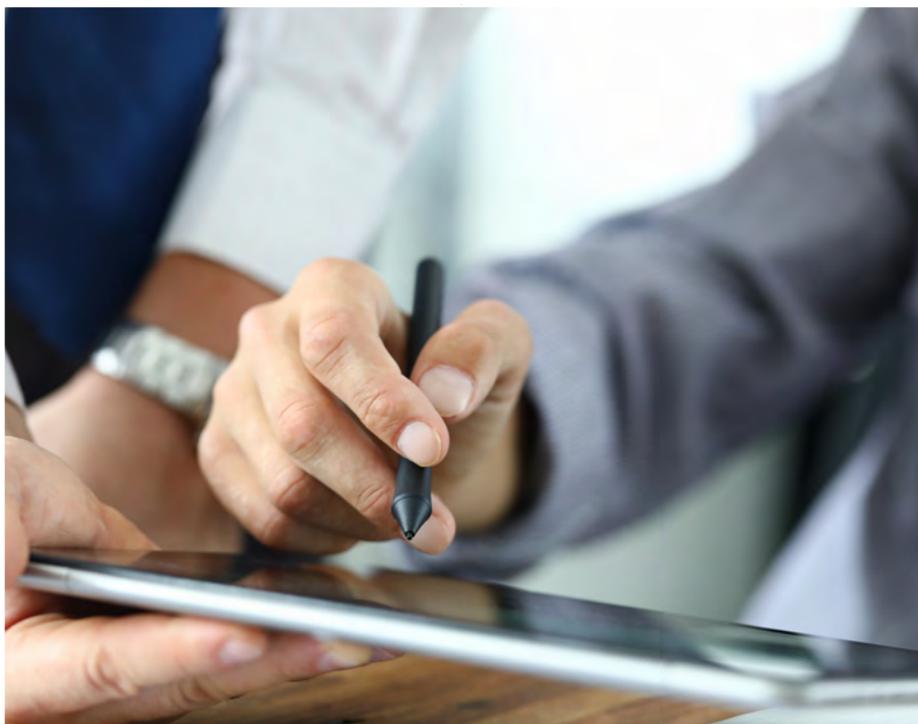
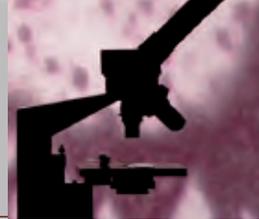
El problema, en nuestra opinión, es que el artículo 25 estaba incardinado dentro de la contratación por vía electrónica y, especialmente, los archivos o el archivo electrónico de esos documentos privados electrónicos, y ello requería un estudio sosegado de la materia, ya que aunque exista alguna conexión con el artículo 43 del Reglamento de la Unión Europea sobre identificación electrónica, considero que el artículo 25 de la Ley de Comercio Electrónico va más allá por la propia esencia y contenido de la contratación electrónica.

El artículo 25 de la Ley de Comercio Electrónico relativo a la intervención de terceros de confianza establece aquí que las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar y que la intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas con facultadas con arreglo a derecho para dar fe pública, y el apartado 2 del artículo 25 establecía que el tercero debe archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado, que en ningún caso será inferior a 5 años.

Por otra parte, en el apartado 1 del artículo 43 del Reglamento de Identificación Electrónica, en relación con los efectos jurídicos de un servicio de entrega electrónica certificada, establece que no se denegarán a los datos enviados y recibidos mediante un servicio de entrega electrónica certificada efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales por el mero hecho de que estén en formato electrónico o no cumpla los requisitos de servicio cualificado de entrega electrónica certificada.

En el apartado 2 se establece que *“los datos enviados y recibidos mediante un servicio cualificado de entrega electrónica certificada disfrutarán de la presunción de la integridad de los datos, el envío de dichos datos por el remitente identificado, la recepción por el destinatario identificado y la exactitud de la fecha y hora de envío y recepción de los datos que indica el servicio cualificado de entrega electrónica cualificada”*.

Como hemos indicado, cuando el preámbulo de la ley 6/2020, de 11 de noviembre, indica que se deroga el artículo 25 de la Ley 34/2002 de Comercio Electrónico en lo referente a los terceros de confianza, la justificación que da es que estos servicios ofrecidos por este tipo de proveedores se encuentran subsumidos en los tipos regulados por el



Reglamento de Identificación Electrónica fundamentalmente, los servicios de entrega electrónica certificada y de conservación de firmas y sellos electrónicos, no podemos compartir esta opinión.

Aunque ciertamente hay una conexión entre ambos artículos, sobre todo en cuanto a la constatación de la hora, de la fecha, etc., que se indica en el artículo 25 de la Ley de Comercio Electrónico, como en el artículo 43 del Reglamento (RIE), no cabe la menor duda de que el artículo 25 derogado iba más lejos y más allá, estaba incardinado dentro del comercio electrónico, hacía referencia a esos terceros de confianza, que archivan esas declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y, en definitiva, se planteaba en mi opinión la cuestión de qué eficacia tenía. Incluso, el artículo 25 establecía una norma relativa al tiempo del archivo informático de las declaraciones de voluntad por el tercero, ya que obliga al tercero a archivarlas por el tiempo estipulado entre estas, y en ningún caso será inferior a 5 años.

Al derogar esta norma no se establece ningún otro principio sobre este tipo de archivo, ni tampoco el tiempo en que deben estar archivados, y por ello entendemos que se deja huérfana una regulación que creo que podría ser importante y sobre

todo deja en la ambigüedad la cuestión y hubiera servido perfectamente mantener el citado artículo 25, siendo compatible en nuestra opinión con el artículo 43 del Reglamento RIE, en relación con el servicio de entrega electrónica certificada.

Por su parte, el artículo 43 del Reglamento (UE) 10/2014 sobre identificación electrónica y otros servicios de confianza establece en el apartado 1 de dicho artículo que no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad a los datos enviados y recibidos mediante un servicio de entrega electrónica certificada como prueba en procedimientos judiciales por el mero hecho de que estén en formato electrónico o no cumplan los requisitos de servicio cualificado de entrega electrónica certificada.

En el apartado 2 establece que de los datos enviados y recibidos mediante un servicio cualificado de entrega electrónica certificada disfrutarán de la presunción de integridad de los datos, el envío de dichos datos por el remitente identificado, la recepción por el destinatario identificado y la exactitud de la fecha y hora del envío y recepción de los datos que indica el servicio cualificado de entrega electrónica certificada.

Con independencia de lo que se establece el apartado 2 del artículo 43 citado del

Reglamento (RIE) sobre la presunción de su integridad, no podrán sustituir o alterar en ningún caso las características o la esencia de la función notarial en la constatación de hechos datos, etc., que están regulados en la Ley del Notariado y en el Reglamento, como por ejemplo las actas de presencia, las actas de constatación de datos y de hechos.

Esos efectos que determinan la eficacia y la integridad de un documento público por haber sido autorizado por funcionario público, en este caso por notario, nunca podrán tener la misma eficacia frente a un Tribunal con los efectos legitimadores ejecutorios que un documento privado, aunque haya sido archivado desde un punto de vista técnico por un tercero de confianza.

Esos efectos que determinan la eficacia y la integridad de un documento público por haber sido autorizado por funcionario público, en este caso por notario, nunca podrán tener la misma eficacia frente a un Tribunal con los efectos legitimadores ejecutorios que un documento privado, aunque haya sido archivado desde un punto de vista técnico por un tercero de confianza

No obstante, la propia disposición adicional primera que ya hemos indicado de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, establece, en cuanto a la fe pública y servicios electrónicos de confianza que, *“lo dispuesto en esta Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe, en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias”*.

La disposición recoge de una manera bastante fidedigna lo que habíamos indicado en cuanto a lo consignado en el artículo 25; no obstante, consideramos por los argumentos antes indicados que no se debería haber derogado por la ubicación que tiene este artículo en la Ley de Comercio Electrónico y sobre todo dentro de esta Ley, en la contratación electrónica, que es un tema más específico que el de los servicios de confianza, aunque puedan tener conexión

exclusivamente por los medios tecnológicos que se pueden utilizar.

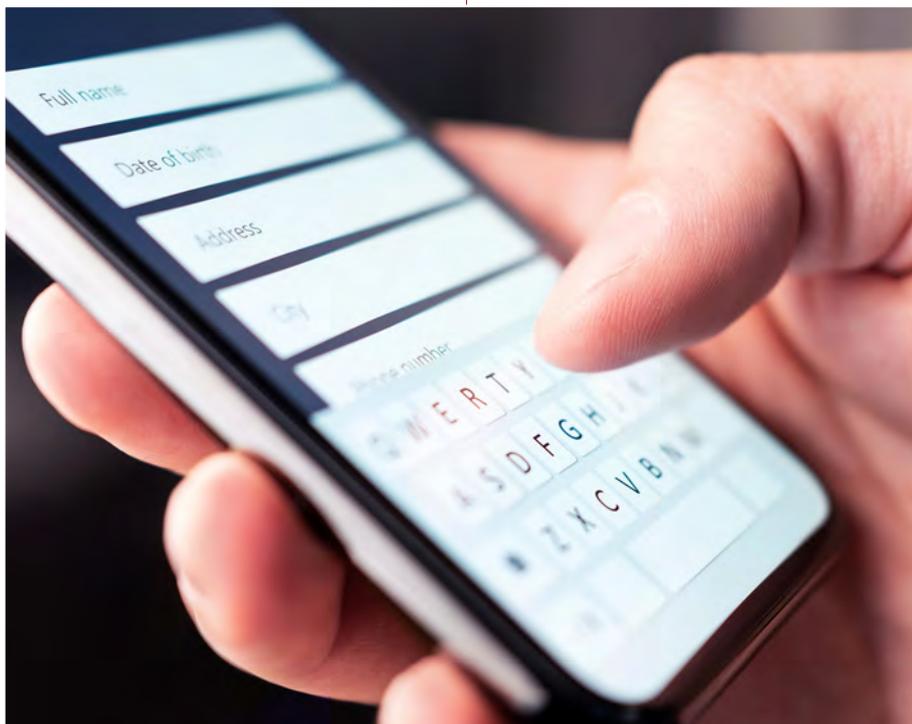
Además, no hay que olvidar que el RIE, tanto en su artículo 2 como en el considerando 21, indica claramente que este no afecta a lo relativo a la validez de los contratos u otras obligaciones legales, o de los procedimientos relativos a la forma.

Por otro lado, el artículo 114, de la ley 24/2001, desarrollado luego en el Reglamento Notarial en su redacción del 2007, hace referencia a la constatación fehaciente de hechos relacionados con soportes informáticos, y establece que, por el procedimiento que reglamentariamente se disponga cuando un Notario sea requerido para dejar constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático, no será necesaria la transcripción de su contenido en el documento en soporte papel, bastando con que en este se indique el nombre del archivo y una función alfanumérica que lo identifique de manera inequívoca, obtenida de este, con las normas técnicas dictadas al efecto por el Ministerio de Justicia.

El archivo informático así referenciado deberá quedar almacenado en la forma prevista correspondiente y las copias que se expidan del documento confeccionado podrán reproducir únicamente la parte escrita de la matriz, adjuntando una copia en el adecuado soporte informático del archivo relacionado, amparado con la firma electrónica avanzada del Notario, que hoy sería la firma electrónica cualificada.

Además, en el apartado 2 de este artículo 114 se establece, y aquí hay una conexión importante con lo que estábamos indicando, que a solicitud de los interesados los Notarios podrán almacenar en archivo informático las comunicaciones electrónicas recibidas, así como las que, a requerimiento de aquellos, envíen a terceros. El Notario actuante dejará constancia en acta de tales hechos consignando la fecha y la hora en que hayan sucedido y, expresado con claridad los extremos que quedan amparados bajo su fe a estos efectos.

Los Notarios podrán admitir a estos solos efectos, como requerimientos de parte, la instancia suscrita con firma electrónica atribuida al requirente por un prestador de servicios de certificación acreditado



mediante un certificado reconocido, ahora cualificado.

III.- Otras cuestiones reguladas en la Ley 6/2020 de 11 de noviembre

A) La identificación y atributos de los titulares de certificados cualificados

Los artículos 6 y 7 de la Ley 6/2020 de 11 de noviembre regulan la identidad y el atributo de los titulares de certificados cualificados en el artículo 6, y en el artículo 7, la comprobación de la identidad y otras circunstancias de los solicitantes de un certificado cualificado.

Como bien sabemos, el certificado cualificado es el que determina el mayor nivel de calidad, por ejemplo, la firma electrónica basada en un certificado cualificado, lo que antes llamábamos certificado reconocido. Esta firma electrónica basada en un certificado cualificado por prestadores de servicios de confianza cualificados determina lo que llamamos y hemos llamado muchas veces la equivalencia funcional con la firma manuscrita ya establecida claramente en la Directiva derogada de Firma Electrónica como también en la Ley derogada de Firma Electrónica, como en el Reglamento de Identificación Electrónica (RIE).

En este sentido, el artículo 25 del Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo establece claramente, en el apartado 2 del artículo 25 que una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita, después de indicar, como no podía ser de otra manera en el apartado 1 de este artículo, que no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica, o por el hecho de que no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada.

Estos principios del artículo 25 se corresponden claramente con la derogada Directiva de Firma Electrónica y también con la derogada Ley de Firma Electrónica.

Así, en la Ley derogada de Firma Electrónica se establecía en el apartado 4 del artículo 3 que la firma electrónica reconocida, hoy la llamamos cualificada, tendrá respecto a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel, y ello en conexión con el apartado 9 de dicho artículo 3 que establecía que, a los efectos de lo dispuesto en este artículo, no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de



firma electrónica reconocida, hoy cualificada, en relación con los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica, derivando todo ello del artículo 5 de la Directiva de Firma Electrónica también derogada.

En lo relativo a la identificación, en relación con la persona que solicita el certificado de firma electrónica, no cabe duda de que tiene una importancia esencial, así como también los atributos, es decir las características que tiene ese certificado, lo que dice ese certificado, lo que antes llamábamos que consignaba la Autoridad de Registro.

Realmente, ese certificado tiene unos efectos muy importantes frente a terceros en cuanto a la confianza y la seguridad del comercio electrónico. ¿Con quién estamos contratando electrónicamente, quién es la persona que está detrás de este certificado de persona física o de persona jurídica?

¿Tiene facultades o no, puede otorgar, puede celebrar un determinado contrato? Por ello, pienso que es una de las piedras angulares de nuestro sistema y en este sentido el Reglamento (UE) 910/2014 dedica efectivamente un apartado a este tema de la identificación y al más genérico de la identificación electrónica.

El artículo 6 hace referencia a esta identidad y atributos de los titulares de certificados cualificados. Consideramos oportuna esta regulación en la Ley, ya que el Reglamento RIE es mucho más ambiguo, y es la Ley la que lo complementa en estos aspectos concretos.

Los artículos 11 y 13 de la derogada Ley de Firma Electrónica se corresponden en parte con los artículos 6 y 7 de la Ley 6/2020.

Por su parte, el artículo 7 de la Ley objeto de análisis establece que la identificación de la persona física que solicite un certificado cualificado exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en Derecho. Podrá prescindirse de la personación de la persona física que solicite un certificado cualificado si su firma en la solicitud de expedición de un certificado cualificado ha sido legitimada en presencia notarial. El texto transcrito del apartado 1 del artículo 7 es idéntico al apartado 1 del artículo 13 de la Ley de Firma Electrónica.

No obstante, hay una modificación para mí esencial quizás basada en el RIE, donde a mí me produce más preocupación y ya lo he indicado en otros momentos, porque en el apartado 2 del artículo 7 se establece, que reglamentariamente mediante orden de la

persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y transformación digital, se determinarán otras condiciones y requisitos técnicos de verificación de la identidad a distancia y, si procede, otros atributos específicos de la persona solicitante de un certificado cualificado mediante otros métodos de identificación como videoconferencia o video de identificación, que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física según evaluación por un organismo de evaluación de la conformidad. La determinación de dichas condiciones y requisitos técnicos se realizarán a partir de los estándares que, en su caso, hayan sido determinados a nivel comunitario. Estableciendo con posterioridad lo que puede ser considerado métodos de identificación reconocidos.

A los efectos de lo previsto en este apartado, serán aquellos que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física, y cuya equivalencia en el nivel de seguridad sea certificada por un organismo de evaluación de la conformidad según con lo previsto en la normativa en materia de servicios electrónicos de confianza

A los efectos de lo previsto en este apartado, serán aquellos que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad a la presencia física, y cuya equivalencia en el nivel de seguridad sea certificada por un organismo de evaluación de la conformidad según con lo previsto en la normativa en materia de servicios electrónicos de confianza.

Como vemos, se ha introducido un apartado que a mí particularmente no me produce especial satisfacción, pero que veremos como luego se puede desarrollar reglamentariamente; lo que no debemos olvidar, es que ciertamente hay unos funcionarios públicos como son los Notarios que realmente podrían ser utilizados por estos prestadores de servicios de confianza para acreditar esa identificación en cualquiera de los medios o de los procedimientos que se establecen en la Ley, determinando una seguridad jurídica auténtica y esto ya lo predicamos cuando hablábamos de la



identificación en la Ley de Firma Electrónica en su momento.

En el Reglamento, RIE, la identificación electrónica se regula en los artículos 6 a 11 inclusive. En ese sentido, el artículo 3 del Reglamento, en un conjunto de definiciones, indica en el apartado 1 que la identificación electrónica es, el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica. En el apartado 2, define como medios de identificación electrónica la unidad material o inmaterial que contiene los datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación de los servicios en línea. El apartado 3 relativo a los datos de identificación de la persona son un conjunto de datos que permiten establecer la identidad de una persona física o jurídica o de una persona física que represente a una persona jurídica y, por último, el sistema de identificación electrónica es un régimen para la identificación electrónica en virtud del cual se expiden medios de identificación electrónica a las personas físicas o jurídicas o una persona física que representa una persona jurídica.

Como podemos observar, todas estas definiciones son variaciones sobre un mismo tema, relativo a ¿quién pide los certificados, cómo se identifica a esta persona, cómo se sabe qué es esta persona, quién está detrás del certificado? Y, en definitiva, lo que ya habíamos hablado en muchísimas otras ocasiones, cuando hacíamos comentarios sobre la Ley de Firma Electrónica y del significado de la petición de estos certificados.

La redacción del Reglamento de la UE (RIE) ha mejorado en relación con algunos borradores anteriores, ya que en uno de ellos definía la identificación electrónica como el proceso que consiste en utilizar datos de identificación personal bajo una forma electrónica que representa sin duda a una persona física o jurídica.

En el texto del Reglamento definitivo, se cambió el término “sin duda” por “manera única”, y algo es algo. Aunque me temo que puede ser solo una traducción o una variación semántica, ya que en definitiva se quiere decir lo mismo, y es que muchas veces hemos dicho que esto no se puede decir con total rotundidad ya que, por ejemplo, los casos incluso de firma electrónica reconocida, hoy denominada cualificada,

lo que muchas veces garantiza esta firma de la más alta calidad es que esa persona es titular de la firma electrónica, que no quiere decir que sea el auténtico firmante del mensaje; en definitiva, lo que acredita es la atribución de una firma electrónica a una persona y esta atribución se realiza a través de unos terceros que son terceros de confianza, que son los prestadores de servicios de confianza, y si estos son cualificados tienen ciertamente que tener unas garantías específicas y fundamentales como indicamos anteriormente.

Un aspecto importante es el regulado en el artículo 6, cuando indica si los certificados admiten una relación de representación incluirán la identidad de la persona física o jurídica representada en la forma prevista en el apartado anterior, así como una indicación del documento público, si resulta exigible que acredite de forma fehaciente las facultades del firmante para actuar en nombre de la persona o entidad a la que represente, y en el caso de ser obligatoria inscripción de los datos registrales

Un aspecto importante es el regulado en el artículo 6, cuando indica que, si los certificados admiten una relación de representación, incluirán la identidad de la persona física o jurídica representada en la forma prevista en el apartado anterior, así como una indicación del documento público, si resulta exigible que acredite de forma fehaciente las facultades del firmante para actuar en nombre de la persona o entidad a la que represente y, en el caso de ser obligatoria, inscripción de los datos registrales.

Ya estamos ciertamente utilizando criterios lógicos, que además en esta Ley han sido concretados y que complementan el RIE.

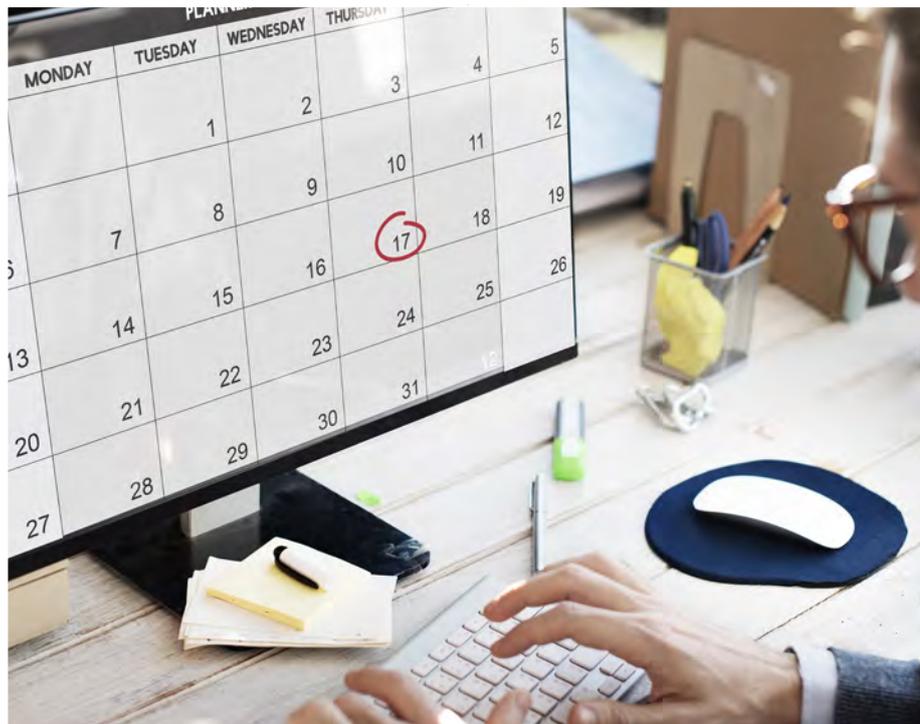
Vuelvo a indicar de nuevo que se han cogido párrafos enteros en este caso del artículo 13 de la Ley de Firma Electrónica, insistiendo en la conveniencia de no haber derogado la totalidad de la ley, sino solamente aquellos puntos incompatibles con el RIE, como podría ser la firma de las per-

sonas jurídicas, sello electrónico, etc., pero no estos aspectos esenciales como la de los atributos, el Registro, el contenido de los certificados, la identificación de las personas, etc.

El artículo 7 relativo a la comprobación de la identidad y otras circunstancias de los solicitantes y un certificado cualificado establece en el apartado 4, en el caso de certificados cualificados de sello electrónico y de firma electrónica, con atributo de representación que los prestadores de servicios de confianza comprobarán, además de los datos señalados en los apartados anteriores, los datos relativos a la constitución y la personalidad jurídica y a la persona o entidad representada respectivamente, así como la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante mediante los documentos públicos, si resultan exigibles, que sirvan para acreditar los extremos citados de manera fehaciente y su inscripción en el correspondiente Registro Público, si así resulta exigible. Asimismo, resalta también que esta comprobación podrá realizarse mediante consulta en el registro público en el que estén inscritos los documentos de constitución y de apoderamiento pudiendo emplear los medios telemáticos editados por los citados registros públicos

La transcripción de este artículo es muy parecida a la del artículo 13 y en su momento criticamos, ciertamente, la sustitución de la comprobación de esta representación dejando aparte el documento público, como medio alternativo, porque consideramos que en todo caso se deberían hacer las dos comprobaciones, tanto del documento público como de la inscripción, porque hay determinadas circunstancias en las que el documento público es mucho más amplio en cuanto al contenido que no tiene constatación en el registro público correspondiente y otras también en que existen a veces documentos públicos que no constan inscritos en el registro por determinadas circunstancias, pero que tienen las características de la eficacia de ese documento público con independencia de que la inscripción se haya realizado o no.

El apartado 3 del artículo 7 de la Ley que estamos analizando indica que la forma en que se ha procedido a identificar a la persona física solicitante podrá constar en el certificado.



Los siguientes apartados del artículo 7 son muy parecidos a los de la Ley de Firma Electrónica en lo relativo a cuando el certificado cualificado contenga otras circunstancias personales o atributos del solicitante.

El apartado sexto del artículo 7 de la Ley indica que lo dispuesto en los apartados anteriores podrá no ser exigible cuando la identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de los certificados consten ya al prestador de servicios de confianza en virtud de una relación preexistente en la que, para la identificación del interesado, se hubiese empleado el medio señalado en el apartado primero y el período de tiempo transcurrido desde la identificación fuese menor de cinco años. Se está refiriendo solo al caso de la identificación por personación o la firma legitimada notarialmente en la solicitud.

En el artículo 13 de la Ley de Firma Electrónica se establecía el mismo criterio en este punto. Y ello es así porque el legislador considera que la identificación mediante personación es mucho más fiable y segura que la identificación a distancia, y por ello concede la posibilidad de no volver a identificar, siempre que no hayan transcurrido cinco años.

Esto puede hacer pensar y reflexionar acerca de la importancia de esa persona-

ción o de esa legitimación de firma del solicitante ante Notario, criterios para mí mucho más seguros que han quedado desdibujados en el Reglamento RIE.

En muchas ocasiones con respecto a esta circunstancia y como colofón, vuelvo a insistir en la posibilidad, y creo que es una posibilidad lógica, de que los prestadores de servicios de confianza, para esa identificación o para acreditar una determinada representación de las personas físicas y del solicitante y de las personas jurídicas lo hagan a través de una persona en quien el Estado tiene delegada la función de la fe pública, qué es el Notario.

Esto será de vital importancia, tanto para el prestador como para los terceros, el saber y constatar que esas funciones han sido realizadas por un Notario, incluso la obtención de esa firma electrónica directamente, como prestador de servicio de confianza porque no olvidemos que el Consejo General del Notariado es prestador de servicio de certificación, de carácter público, junto con el Colegio de Registradores y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Esto representa un aspecto importante para el desarrollo de la seguridad jurídica en los servicios de confianza, no solamente en la firma electrónica, sino todos los que prevé el Reglamento (RIE).

En conexión con lo anterior, es muy importante la utilización de la función notarial en el caso que hemos indicado, ya que el artículo 11, al hacer referencia a las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios electrónicos de confianza, en su apartado 3º indica que el prestador de servicios de confianza no será responsable por los daños y perjuicios en caso de inexactitud de los datos que consten en el certificado electrónico si estos le han sido acreditados mediante documento público u oficial inscrito en un registro público si así resulta exigible.

Es un punto más importante para poder indicar la necesidad por parte de los servicios de confianza y de los prestadores de utilizar efectivamente al Notario, en el ejercicio de su función pública. Porque, aunque habla mediante documento público, la idea, realmente, es en efecto la utilización de la fe pública en todos los aspectos, tanto la fe pública notarial como la fe pública registral, y este apartado también es muy parecido al que se indicaba en la Ley de Firma Electrónica cuando se hablaba de las responsabilidades de los prestadores de servicios de certificación reconocidos.

B.- Vigencia y caducidad de los certificados

Existe un conjunto de temas y de cuestiones tratados en la Ley relativos a la vigencia y la caducidad de los certificados electrónicos, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios electrónicos de confianza, los cualificados y no los cualificados, temas como los de supervisión y el control, el órgano de supervisión de las actuaciones inspectoras, la información y colaboración, y las infracciones y sanciones. Vamos a apuntar someramente algunas de estas cuestiones.

En cuanto a la vigencia y caducidad de los certificados electrónicos, el artículo 4 de la Ley establece un principio general lógico y adecuado al indicar que los certificados electrónicos se extinguen por caducidad a la expiración del período de vigencia, o por revocación por los propios prestadores de servicios de confianza. Y establece una norma especial, para un período de vigencia de los certificados cualificados, que no podrá ser superior a 5 años, teniendo en cuenta que dicho período se fijará en atención a características tecnológicas empleadas para generar los datos de creación de firma, sello

electrónico, etc. Este artículo nos recuerda perfectamente al artículo 8 de la derogada Ley de Firma Electrónica, en cuanto al criterio general del período de vigencia de los certificados cualificados que no podrá ser superior a 5 años, un plazo máximo que me parece lógico y adecuado por razones de seguridad.

El artículo 5 de la Ley regula la revocación y suspensión de los certificados electrónicos que se corresponde de alguna manera también con la vigencia de los certificados electrónicos del artículo 4.

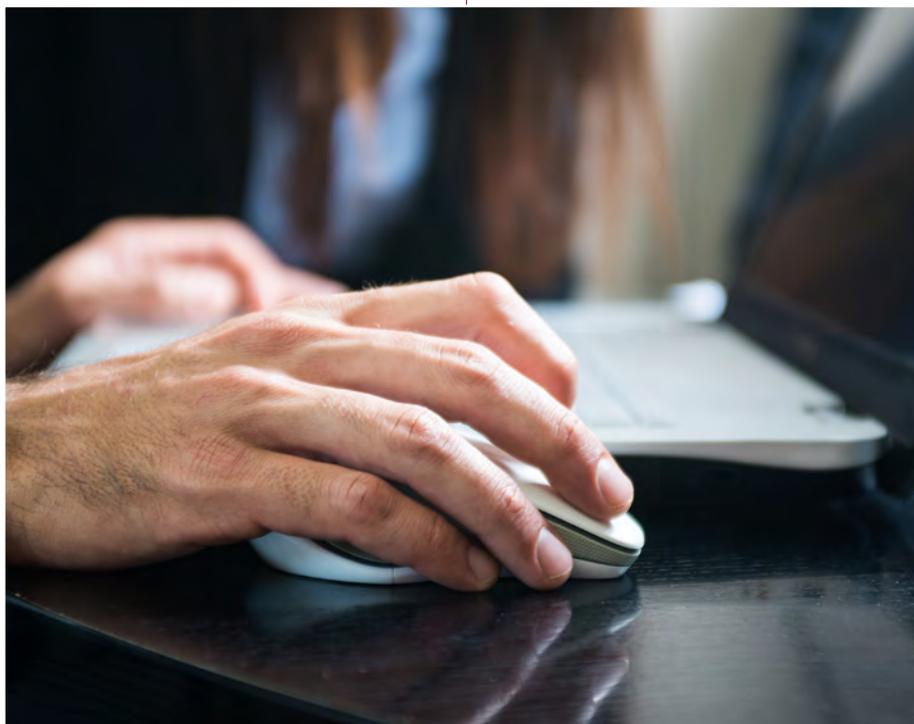
C.- Obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios electrónicos de confianza

En cuanto a las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios electrónicos de confianza, el artículo 8 de la Ley se refiere a la protección de los datos personales que precisen estos prestadores de servicios de confianza para el desarrollo de su actividad, y la colaboración con los órganos judiciales y autoridades públicas, así como las obligaciones de los prestadores de servicios electrónicos de confianza, regulados en el artículo 9, y entre otros, la de publicar información veraz y acorde con la ley, y no almacenar ni copiar los datos de creación de firma, sello, etc.

Y unas obligaciones específicas para los prestadores cualificados de servicios electrónicos de confianza que, al tener una mayor responsabilidad, también tienen un conjunto de obligaciones y un conjunto de normas que supervisan y controlan más esa actuación.

Como indica el apartado 3 del artículo 9, deberán además de disponer de un servicio de consulta sobre estado de validez o revocación de los certificados, común a todos los prestadores; los que sean cualificados deberán adicionalmente cumplir el período de tiempo en el que deben conservar la información relativa a los servicios prestados que será de 15 años, constituir un seguro de responsabilidad civil por importe mínimo de 1 500 000 € excepto si el prestador pertenece al sector público, y si presta más de un servicio cualificado se añadirán 500.000 € más por cada tipo de servicio.

Asimismo, si el prestador cualificado cesa en su actividad deberá comunicar a los clientes a los que preste servicio y al órga-



no de supervisión, con una antelación mínima de dos meses, y enviar el informe de evaluación de la conformidad al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Como podemos apreciar, se trata de obligaciones muy específicas y más determinadas y rigurosas por tener esa consideración efectivamente de prestadores de servicios de confianza cualificados, que antes eran los llamados prestadores de servicios de certificación reconocida de firma electrónica. La terminología de servicios de confianza engloba otros servicios más amplios, que cuando se aprobó la Ley de Firma Electrónica, simplemente por las nuevas innovaciones tecnológicas que han ido apareciendo en el mercado y que necesitan ciertamente un control normativo adecuado.

Estos artículos que hemos indicado en la Ley se corresponden más o menos con el artículo 17 de la Ley de Firma Electrónica relativo a la protección de datos personales, el artículo 18 también derogado en la Ley de Firma Electrónica sobre obligaciones de los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados electrónicos donde vemos que la similitud es bastante grande en cuanto a sus obligaciones, así como también las específicas de las obligaciones de los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos

del artículo 20 de la Ley de Firma Electrónica.

Otra cuestión es la que viene regulada en los artículos relativos a la responsabilidad de los prestadores de servicios electrónicos de confianza en el artículo 10, y en el artículo 11, las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios electrónicos de confianza que, por otra parte, se correspondía con el artículo 22 de la Ley de Firma Electrónica en cuanto a la responsabilidad de los prestadores servicios de certificación, y el artículo 21, relativo a las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación

Dice el artículo 10 de la Ley actual que los prestadores de servicios electrónicos de confianza asumirán toda la responsabilidad frente a terceros por la actuación de las personas u otros prestadores en los que deleguen la ejecución de alguna o algunas de las funciones necesarias para la prestación de servicios electrónicos de confianza, incluidas las actuaciones de comprobación de identidad previas a la expedición de un certificado cualificado.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley de Firma Electrónica indicaba en el apartado 4 del artículo 22 que los prestadores de servicios de certificación asumirán toda la responsabilidad frente a terceros por actua-



ción de las personas en las que deleguen la ejecución de alguna o algunas de las funciones necesarias para la prestación de servicios de certificación.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, establece de una manera más lacónica que en la ley de firma electrónica que el prestador de servicios de confianza no será responsable por los daños y perjuicios en caso de inexactitud de los datos que consten en el certificado electrónico si estos le han sido acreditados mediante documento público u oficial inscrito en un registro público, si así resulta exigible.

El artículo 23 en el apartado 5 de la Ley de Firma Electrónica establecía que el prestador de servicios de certificación no será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al firmante o tercero de buena fe por la inexactitud de los datos que consten en el certificado electrónico si estos le han sido acreditados mediante documento público inscrito en un registro público si así resulta exigible.

En caso de que dichos datos deban figurar inscritos en un registro público, el prestador de servicios de certificación podrá comprobarlos, en su caso, en el citado registro antes de la expedición del certificado, pudiendo emplear los medios tele-

máticos facilitados por los citados registros públicos.

En el apartado 6 establecía que, la exención de responsabilidad frente a terceros obliga al prestador de servicios de certificación a probar que actuó en todo caso con la debida diligencia.

En mi opinión, me gustaba más la redacción del antiguo artículo 23 de la Ley de Firma Electrónica en su apartado 5º y también la conexión con el apartado 6, relativo a la exención de responsabilidad, por ser más completa.

En todo caso, ya en su momento cuando se discutía el borrador de la ley de firma electrónica, defendí esa exención de responsabilidad cuando los datos consignados en el certificado, así como cuando la identidad del solicitante hubiera sido realizada o acreditada o constatada por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, no existiera esa responsabilidad para el prestador de servicios y sí para el funcionario público en el ámbito de sus competencias. Imaginemos esa identificación realizada por el Notario o la constatación de que un administrador lo es y representa a la sociedad, o bien que un apoderado tiene facultades suficientes de representación, etc.

La redacción del texto final de la Ley de Firma Electrónica hizo referencia a lo del documento público, y la ley 6/2020, también habla de documento público u oficial. Entendemos que la expresión oficial se refiere a los documentos cuasi públicos o administrativos, a los que ya hicimos referencia cuando comentamos los tipos de documentos electrónicos.

D.- La supervisión y control

Otro aspecto importante que regula la ley 6/2020, de 11 de noviembre, basándose efectivamente en el Reglamento (RIE), es el relativo a la supervisión y control regulado los artículos 14, 15, 16 y 17 de dicha ley.

El capítulo tercero del Reglamento de la Unión Europea 910/2014, de 23 de julio de 2014, regula los servicios de confianza en los artículos 13 a 45, en definitiva, lo que es el grueso del Reglamento, donde están incluidos los servicios de confianza que antes indicamos a la hora de hablar de las definiciones

El capítulo tercero del Reglamento de la Unión Europea 910/2014, de 23 de julio de 2014, regula los servicios de confianza en los artículos 13 a 45, en definitiva, lo que es el grueso del Reglamento, donde están incluidos los servicios de confianza que antes indicamos a la hora de hablar de las definiciones.

En nuestra opinión, elementos que pueden ser considerados positivos son, entre otros, los de la supervisión en cuanto a los organismos que los realizan, los requisitos de seguridad aplicables a los prestadores de servicios confianza, con especial atención a la supervisión de los prestadores cualificados de servicios complementado, con la lista de confianza y con especial consideración a los prestadores cualificados de servicios de confianza, en concreto, sus requisitos.

Ciertamente, todos estos apartados del RIE nos recuerdan en parte a la Directiva de firma electrónica; lo que ocurre es que ahora aquí en este Reglamento está más consolidada esa supervisión, estableciendo mecanismos de control y una mayor pro-

tección al consumidor siendo uno de los ejemplos de esta el regulado en el artículo 23 del Reglamento, que hace referencia a la etiqueta de confianza en Europa para servicios de confianza cualificados.

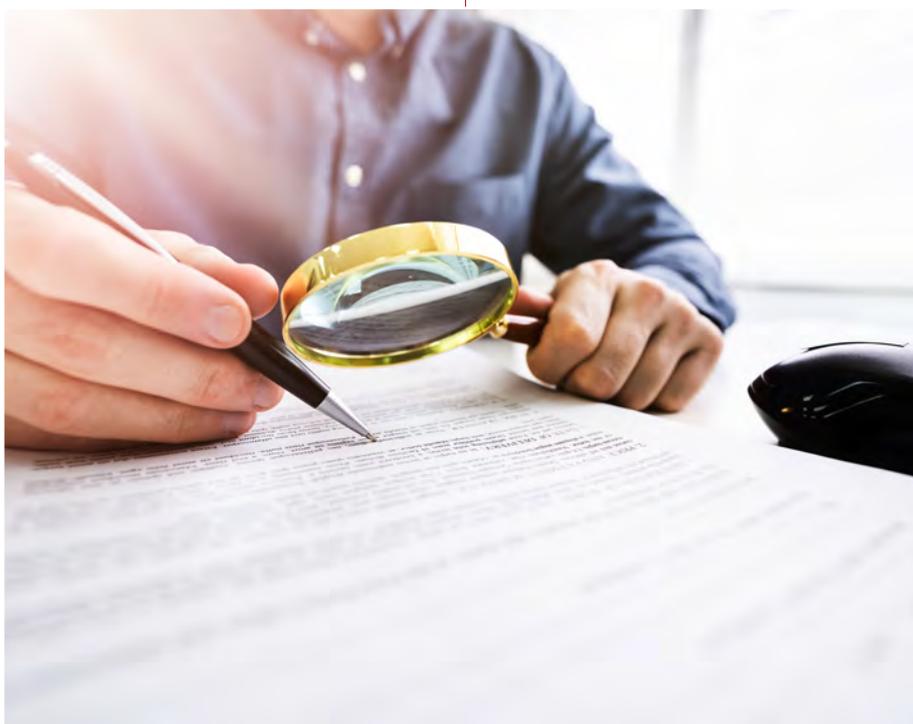
El artículo 17 del Reglamento prevé el establecimiento de los organismos de supervisión designados por los Estados miembros que tienen como función supervisar a los prestadores cualificados mediante actividades y supervisión previas y posteriores a los efectos de constatar de que estos cumplen los requisitos del Reglamento.

Desde la supervisión de estos prestadores cualificados, que deberían o deberán ser auditados al menos cada 24 meses para poder constatar y confirmar que los servicios que prestan se adaptan al Reglamento, todo ello claro está, sin perjuicio de que el organismo de supervisión pueda en cualquier momento auditar o solicitar a un organismo de evaluación que realice una evaluación de conformidad de los prestadores cualificados

Asimismo, es preciso adoptar las medidas en caso necesario en relación con los prestadores no cualificados, a través de actividades de supervisión posteriores, cuando reciban información de que estos prestadores no cumplen los requisitos del Reglamento, y existe una gran diferencia en el Reglamento entre la supervisión de los prestadores cualificados y los no cualificados en el sentido de que, en el primer caso, la supervisión es previa y posterior y, en el segundo, solo posterior. El artículo 18 regula la asistencia mutua en relación con la cooperación de los organismos de supervisión, y el artículo 19 regula lo relativo a los requisitos de seguridad aplicable a los prestadores de servicios de confianza.

Los artículos 20 al 24 del RIE contemplan la regulación de los servicios de confianza cualificados, es decir los de más alta calidad y, por lo tanto, aquellos que el Reglamento determina con un control exhaustivo para que efectivamente se cree confianza en el ciudadano.

Desde la supervisión de estos prestado-



res cualificados, que deberían o deberán ser auditados al menos cada 24 meses para poder constatar y confirmar que los servicios que prestan se adaptan al Reglamento, todo ello claro está, sin perjuicio de que el organismo de supervisión pueda en cualquier momento auditar o solicitar a un organismo de evaluación que realice una evaluación de conformidad de los prestadores cualificados.

Es esencial que, para comenzar un servicio de confianza cualificado, estos prestadores deberán presentar la intención de ese inicio de la prestación, junto con el informe de evaluación expedido por un organismo de evaluación de la conformidad, y el organismo de supervisión verificará si se cumplen los requisitos y, si es así, concederá la cualificación al prestador.

El artículo 22 regula la lista de confianza a través de la cual cada Estado miembro establecerá, mantendrá y publicará estas listas con información relativa a los prestadores cualificados. El artículo 23 regula la etiqueta de confianza que, en definitiva, es un sello de calidad una vez que se ha incluido al prestador en la lista de confianza, siendo en definitiva una manera de demostrar y de etiquetar las cualidades.

En mi opinión, este es uno de los puntos más acertados del Reglamento RIE, sobre

todo porque siempre he sido partidario de la seguridad jurídica preventiva y no de la famosa autorregulación en la que una vez que se ha hecho el daño, hay que buscar al culpable y además exigir las responsabilidades.

Es mucho más fácil prevenir que curar y esto siempre ha ocurrido en nuestra función notarial, que se caracteriza por ese principio de seguridad jurídica preventiva, una circunstancia que no estaba clara ni en la Directiva de Firma Electrónica, ni en la Ley de Firma Electrónica en su transposición, ya que se partía de un principio de una libertad de mercado, y una libertad de actuación que en su momento ya critiqué. Por ello, considero adecuada esa modificación al menos, sobre todo, en aquellos prestadores de servicios de confianza que prestan un servicio de confianza cualificados, de los de más alta calidad, que tengan esa supervisión, ese control previo ese incluye una lista de confianza.

Al hilo de esa cuestión, el artículo 14 de la Ley 6/2020, y en este caso creo que adecuadamente, España tiene que adaptar esa supervisión y ese control, y esos organismos, que establece el RIE; por eso, el artículo 14 relativo al órgano de supervisión establece, en el apartado primero, que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación



Digital, como órgano de supervisión, controlará el cumplimiento por los prestadores de servicios electrónicos de confianza cualificados y no cualificados que ofrezcan sus servicios al público, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el RIE.

En el apartado 2, se indica que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital podrá acordar las medidas apropiadas para el cumplimiento del Reglamento, en particular de directrices para la evaluación y comunicación de informes de documentos, recomendaciones para el cumplimiento de las obligaciones técnicas y de seguridad, y a tal efecto se tendrán en consideración las normas, guías, instrucciones y recomendaciones emitidas por el Centro Criptológico nacional.

El artículo 15 hace referencia, a las actuaciones inspectoras siendo el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el que realice las actuaciones inspectoras que sean precisas para el ejercicio de su función de supervisión y control. Dicho Ministerio podrá recurrir a entidades independientes y técnicamente cualificadas para que le asistan en las labores de supervisión y control sobre los prestadores de servicios de confianza que le asigna el Reglamento (UE) 910/2014, y la propia ley. Se podrán requerir entre otras, la realización de pruebas en laboratorios o entidades especializadas en conexión.

El artículo 16 hace referencia al mantenimiento de las listas de confianza y en el apartado primero establece que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital establecerá, mantendrá y publicará la lista de confianza con información relativa a los prestadores cualificados de servicios de confianza. El plazo máximo para dictar y notificar resolución en el procedimiento de verificación previa del cumplimiento de los requisitos será de seis meses, transcurridos los cuales se podrá entender desestimada la solicitud, teniendo en cuenta que la revocación de la cualificación de un prestador o un servicio mediante su retirada de la lista de confianza es independiente de la aplicación del régimen sancionador.

Por último, el artículo 17 hace referencia y regula la información y colaboración de estos prestadores de servicios de confianza de la entidad Nacional de Acreditación, de los organismos de evaluación, de los organismos de certificación, etc. que se tiene la obligación de facilitar al Ministerio de Asuntos Económicos toda la información y colaboración, así como también establece la colaboración de los prestadores de servicios de confianza con los funcionarios o el personal inspector para el acceso a sus instalaciones y a la consulta de cualquier documentación que se le requiera.

E.- Otros temas

Se realizan también modificaciones de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, también de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, sobre todo el artículo 326, apartado tercero, y se añade un nuevo apartado 4 al citado artículo.

También se modifica la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicio de la Sociedad Información y del Comercio Electrónico, añadiéndose un artículo 12 ter relativo a las obligaciones relativas a la portabilidad de datos no personales, añadiéndose también un nuevo artículo 36 relativo al deber de comunicación de las organizaciones y asociaciones representativas de los usuarios profesionales o de los usuarios de sitios web corporativos.

NOTAS

- (1) Entre otros trabajos del autor, García Más, Francisco Javier: "Regreso al futuro: seguridad jurídica y nuevas tecnologías. El blockchain y otras cuestiones digitales. La función Notarial", *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 106, pág. 153-238.
- (2) García Más Francisco Javier: "De nuevo con la firma electrónica y otras cuestiones: Reglamento n.º 910/2014", *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 102-103, pág. 113-188.

Reintegración de la capacidad jurídica para ejercer el derecho a testar de las personas con discapacidad intelectual en el ordenamiento jurídico español

A la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

María Eugenia Torres Costas
Doctora en Derecho

1. Introducción

Al tiempo de dictarse la sentencia que ahora se comenta comenzaba la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ⁽¹⁾. La futura y previsible aprobación de esta reforma legislativa pretende por fin, aunque con doce años de retraso, llevar a cabo la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD en la materia enunciada.

La Convención supuso un hito histórico de enorme trascendencia para todo el colectivo de la discapacidad, por diferentes motivos a los que nos hemos referido en anteriores ocasiones ⁽²⁾. Igualmente, en otros momentos, hemos comentado que el nuevo modelo introducido por la CDPD equipara a las personas con discapacidad como sujetos de derechos con capacidad plena para la toma de decisiones y con derecho a equivocarse como todas las demás; pone el enfoque de la discapacidad en la interacción de la persona con determi-

nadas barreras sociales o ambientales que serán las que determinen la aparición o no de aquélla y rechaza cualquier modelo de sustitución de la voluntad, abogando por la implantación de otro radicalmente distinto basado en la promoción de la autonomía personal. En consecuencia, los Estados Parte deben garantizar el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de la persona y proveerla para ello de cuantos apoyos sean necesarios incluso en las situaciones de discapacidades más intensas.

La plena capacidad jurídica de la persona, concepto que tras la aprobación de la CDPD engloba tanto la capacidad para ser titular de derechos como la capacidad de ejercicio de los mismos o capacidad de obrar, se reconoce expresamente y de forma genérica en el art.12 CDPD ⁽³⁾, *alma mater* de la Convención, y se refleja de forma específica en el reconocimiento expreso de otros derechos, entre los cuales se encuentran los derechos a heredar y a controlar sus propios asuntos económicos a los que se refiere expresamente el artículo 12-5 CDPD. El nuevo sistema de la CDPD rechaza el consagrado principio de nuestro tradicio-

nal sistema de tutela según el cual habría de actuarse siempre en busca del superior interés objetivo de la persona. En su lugar, aboga por un sistema de apoyos basado en la voluntad, deseos y preferencias de aquélla o, lo que sería lo mismo, su *interés preferido*. Para conseguirlo, la CDPD obliga a los Estados Parte a prestar a la persona la asistencia necesaria para poder ejercitar su capacidad jurídica incluso aunque sus deseos, gustos o preferencias le supongan un perjuicio objetivo, respetando así también su derecho a equivocarse ⁽⁴⁾.

El Comité de los Derechos de las personas con discapacidad (el Comité) ha tenido ocasión también de profundizar en esta cuestión en las observaciones realizadas a los diferentes informes periódicos emitidos por Estados parte, pero, sobre todo, a través de su Observación General Primera que tuvo como objeto la definición y aclaración del contenido y espíritu del artículo 12 de la Convención ⁽⁵⁾. No han sido pocos los autores que, desde la emisión de esta primera Observación General, han tachado al Comité y a quienes defienden sus postulados, de radical ⁽⁶⁾. Con todo, el prelegislador y el



legislador español, parecen haber acogido esta supuesta radicalidad en su propuesta de reforma legislativa, tal como expresamente se reconoce en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley y, como anteriormente hacía ya el Anteproyecto de Ley del que trae origen.

El Proyecto de Ley que actualmente se debate en el seno de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados acoge de lleno el nuevo paradigma de la discapacidad; reconoce la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, concepto que ahora incluye la capacidad de obrar, y propugna como principio ineludible del nuevo sistema de apoyos a implantar, el respeto a la voluntad, los deseos y preferencias de la persona ⁽⁷⁾. Supone una de las reformas legislativas más ambiciosas de nuestro ordenamiento jurídico y afecta a más de un centenar de artículos. La modificación de mayor calado se produce en el Código Civil y, dentro de este, afecta, entre otras materias, al derecho a testar de las personas con discapacidad.

El vigente artículo 665 CC será precisamente uno de los que será objeto de reforma si finalmente el actual Proyecto de ley llega a buen puerto, como se vaticina unánimemente tanto por las asociaciones que representan a las personas con discapacidad como por la totalidad de los grupos políticos que actualmente apuran su tramitación. Una vez desaparezcan los actuales procedimientos de incapacitación -o de modificación de la capacidad en su redacción más actual- como consecuencia de la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención, ya no cabrá la actual referencia al declarado legalmente incapaz. Además, la proyectada Disposición Transitoria Primera ⁽⁸⁾ prevé la derogación automática de las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad declaradas en las vigentes sentencias de incapacitación al momento de la entrada en vigor de la futura ley de reforma de la legislación civil y procesal en la materia comentada; por tanto, entre otras, cualquier limitación total o parcial al derecho a testar, quedará automáticamente anulada. Entretanto, el artículo todavía mantiene en la actualidad la posibilidad de restringir de forma absoluta tal derecho a la persona legalmente incapacitada, si la sentencia que declara este nuevo estado civil así lo manifiesta expresamente. Nos encontramos, pues, ante un precepto que perpetúa el



FICHA TÉCNICA

Resumen: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (SAP Badajoz) de 14 de septiembre de 2020 constituye un importante reflejo del paradigma social de la discapacidad basada en el enfoque de derechos humanos ordenado por la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Siguiendo el espíritu del Tratado, integrado en nuestro ordenamiento jurídico tras su ratificación por el Estado español en el año 2007, la sentencia pone en evidencia la contradicción entre el todavía vigente artículo 665 de nuestro Código Civil (CC) y el artículo 12-5 CDPD, cuestionando incluso la validez actual del primero de los preceptos mencionados que permite la declaración de incapacidad para testar a futuro mediante resolución judicial y ello, aunque la persona que hubiere sido declarada judicialmente incapaz pudiese expresar su voluntad en el momento de hacer testamento. Haciendo una interpretación acorde con la CDPD, según lo ordenado por los artículos 10 y 96 CE, la juzgadora argumenta y concluye que la actora ha de ser reintegrada en su capacidad según lo solicitado y, por tanto, debe serle reconocido su derecho a otorgar testamento.

Palabras clave: Incapacitación, reintegración de la capacidad jurídica, testamento, discapacidad, dignidad, paradigma, derechos humanos.

Abstract: The Judgment of the Provincial Court of Badajoz (SAP Badajoz) of September 14, 2020 constitutes an important reflection of the social paradigm of disability based on the human rights approach ordered by the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CDPD). Following the spirit of the Treaty, integrated into our legal system after its ratification by the Spanish State in 2007, the ruling highlights the contradiction between the still in force article 665 of our Civil Code (CC) and article 12-5 CRPD, even questioning the current validity of the first of the aforementioned precepts that allows the declaration of inability to testify in the future by judicial resolution and this, even if the person who has been judicially declared incapable, could express his will at the time of making a will. Making an interpretation in accordance with the CRPD, as ordered by articles 10 and 96 CE, the judge argues and concludes that the plaintiff must be reinstated in her capacity as requested and, therefore, her right to grant a will must be recognized.

Keywords: Incapacitation, reintegration of legal capacity, testament, disability, dignity, paradigm, human rights.

Sentencia objeto de comentario: SAP Badajoz, núm. 632/202, 14 de septiembre de 2020 (Roj: SAP BA 916/2020- ECLI:ES:APBA:2020:916).

tradicional paradigma de la discapacidad sustentado bajo un claro sistema de sustitución en la toma de decisiones contrario al nuevo patrón propugnado por la Convención que obliga a la implementación de un nuevo sistema de asistencia y prestación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, en cualquiera de sus variantes, de la persona con discapacidad.

Ambos preceptos, artículo 12-5 CDPD y artículo 665 CC, forman parte de nuestro vigente ordenamiento; sin embargo, se muestran no solo contrarios sino absolutamente incompatibles entre sí. A la luz de lo dispuesto en los artículos 10 CE y 96 CE la Audiencia Provincial de Badajoz concluye que es de aplicación el primero de los mencionados, que ha de prevalecer sobre el también vigente artículo 665 CC, criterio que, adelantamos desde ahora, compartimos con el órgano jurisdiccional.

2. SAP Badajoz, núm. 632/202, 14 de septiembre de 2020 (Roj: SAP BA 916/2020- ECLI:ES:APBA:2020:916)

2.1. Resumen del caso

El demandante, persona con discapacidad intelectual y un pequeño trastorno mental diagnosticado, fue declarado legalmente incapaz en el año 2013. El fallo de la sentencia declaró que lo era para regir su persona y bienes, excepto para aquellos actos o negocios jurídicos permitidos a un menor de edad no emancipado, quedando además expresamente privado de la facultad de testar y del derecho de sufragio. Una de sus hermanas fue nombrada su tutora.

Hasta 2013 el actor convivía con su madre, quien falleció ese mismo año. Tras el óbito de la progenitora dos de sus hijos reclamaron su parte de la herencia, lo cual dio lugar a la tramitación de un procedimiento judicial a partir del cual el demandante



dejó de tener relación con algunos de sus hermanos.

Al momento de presentar la demanda, el actor quiere hacer testamento para evitar que puedan heredar sus bienes familiares suyos que presuntamente no le hablan.

El declarado incapaz es autónomo e independiente para la realización de las actividades básicas de la vida diaria (asearse, vestirse, etc.). En cuanto a las actividades instrumentales, presenta ciertas dificultades para el manejo del dinero, por ejemplo, no sabe utilizar un cajero automático; desconoce los recibos que tiene domiciliados y su montante; necesita ayuda para comprar y emplear dinero; conoce los billetes, pero confunde las monedas; necesita asistencia para comprar; no sabe utilizar el teléfono móvil, pero sí puede llamar con ayuda de terceros, etc.

Su tutora presenta demanda interesando la reintegración parcial de la capacidad de su pupilo para que éste pueda testar pues, expone que, pese a la discapacidad de aquél, su voluntad clara y rotunda es la de hacer testamento y no dar nada a los hermanos "que no le miran". La representante legal afirma, además, que el tutelado conoce tanto sus bienes como su procedencia.

El Ministerio Fiscal se opone a la reintegración de la capacidad interesada argumentando que, pese al deseo expresado de la persona con discapacidad de querer beneficiar en su futura herencia a quienes le procuraron cuidados y atenciones frente a quienes no mantienen relación con él, de la pericial médica practicada en la vista oral ha de concluirse que el actor no está capacitado para realizar testamento, ya que no puede realizar los actos económicos más simples para la administración de su patrimonio.

2.2. El paradigma médico/rehabilitador en la SAP Badajoz 14 de septiembre de 2020. El informe del Ministerio Fiscal

El fundamento de derecho tercero de la sentencia comentada resume sucintamente los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal. De su lectura sólo cabe constatar la concentración de todo el paradigma médico-rehabilitador tradicional que la CDPD ha venido a erradicar. Argumenta el representante del Ministerio Público que, aunque resulta "moralmente comprensible" el deseo expresado por la persona con discapacidad, de la propia pericial de parte, que califica como aparentemente favorable a tal pretensión, cabe extraer una conclu-

sión contraria, esto es, que la persona no es capaz de testar. En conclusión y, aunque no se invoca expresamente, bajo el argumento del fiscal subyace el paternalismo propio de nuestro tradicional sistema sustitutivo de la voluntad en el que prevalece el denostado principio de "mejor interés" sobre el de respeto a la voluntad, gustos y preferencias impuesto por la citada Convención internacional.

La CDPD fue ratificada por España en el año 2007 ⁽⁹⁾ y entró en vigor en 2008, pasando a formar parte desde entonces de nuestro ordenamiento jurídico interno. Por ello, resulta evidente que el deseo expresado por el demandante no solo es "moralmente comprensible" sino también jurídicamente vinculante. Así resulta de la aplicación directa del artículo 12 CDPD y así lo ha ratificado en reiteradas ocasiones el Comité, especialmente a través de su ya citada Observación General Primera. En esa observación general, ha dejado claro igualmente que el principio de "mejor interés" no es una medida de salvaguardia -sino todo lo contrario- aplicable a las personas adultas con discapacidad ⁽¹⁰⁾.

La Convención obliga a que, por encima de todo, se respete la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En el caso que nos ocupa, y así lo reconoce expresamente el propio fiscal, la voluntad del demandante era claramente la de otorgar testamento. La conclusión del Ministerio Fiscal contradice justamente la declaración del perito de parte que dictaminó que el actor "es consciente de lo que tiene, sabe que son suyos determinados bienes y que quiere dejarlos una vez que fallezca a determinadas personas. Resalta el doctor que no hay una ideación delirante, ni influencias indebidas, sino motivos razonables para disponer del patrimonio propio". En definitiva, la voluntad indubitada de la actora quedaba sobradamente acreditada.

Pese a ello, el Ministerio Fiscal, perpetuando el paradigma médico tradicional pone el énfasis en la discapacidad de la persona, resaltando aquello que no entiende o no puede realizar por sí misma, en vez de destacar sus capacidades e instar, como ordena la Convención, la provisión de los apoyos que, en su caso precisase, para garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica o eliminar aquellas barreras que existiesen para que la persona pudiese ejercitar dicha capacidad jurídica de acuerdo con sus de-



seos, voluntad y preferencias al margen de un hipotético y objetivo interés superior.

La postura mantenida por el Ministerio Público en el caso que ahora se comenta choca frontalmente con la defendida por el mismo organismo en el procedimiento judicial que dio lugar a la mítica Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009

La postura mantenida por el Ministerio Público en el caso que ahora se comenta choca frontalmente con la defendida por el mismo organismo en el procedimiento judicial que dio lugar a la mítica Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 ⁽¹⁾. Entonces, el discurso de la Fiscalía fue muy distinto al que ahora nos encontramos. Tal como se recogía en el fundamento jurídico tercero de aquella resolución judicial, el fiscal ponía al alto tribunal en la tesitura de tener que determinar si la interpretación de los artículos 199 y 200 CC era -y siguen siendo- compatibles con el artículo 12 CDPD. Alegaba entonces que la Convención obliga a los Estados a reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y, en virtud de ello deben ser protegidas por igual y obliga a los Estados a prohibir cualquier discriminación por motivos de discapacidad. La igualdad proclamada por el Tratado continuaba el representante del Ministerio Público, es efectiva en todas las facetas de la vida, incluidas las referidas a la toma de decisiones. Añadía que el artículo 12 CDPD unifica la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad en un todo inseparable y, a tal efecto, debe desterrarse la regla por la cual la incapacidad priva al incapaz de ejercer sus derechos conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor. La Fiscalía defendía también que la Convención exige la adopción y provisión de apoyos adecuados que aseguren a la persona con discapacidad su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar. Por ello, su implantación exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que, como entonces explicaba, no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en



su nombre, lo cual precisamente no ocurre en el caso que ahora se comenta donde el deseo de testar del recurrente está perfectamente claro y así lo han reconocido todas las partes.

Explicaba el Fiscal en aquella ocasión, que la figura de la declaración de incapacidad, a la vista de la Convención, vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto le priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las demás personas capaces. Abundaba, en que el modelo social y el principio de no discriminación adoptado por la Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, colisionan con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar. La Fiscalía acababa proponiendo como figura de apoyo más apropiada mientras no se modifique el ordenamiento español, la curatela reinterpretada a la luz de la Convención, por entender que se configuraba como la figura más abierta y flexible de nuestro sistema, siempre y cuando contase con la voluntad de la persona con discapacidad necesitada de asistencia para la toma de decisiones. En definitiva, el Mi-

nisterio público irrumpía con un discurso absolutamente rompedor, revolucionario e impregnado de todo el espíritu de la CDPD, requiriendo al Tribunal Supremo que dictase una sentencia en la que claramente fijase la concordancia o no de nuestro ordenamiento con la Convención, dejando claro que, por encima del sistema vigente, el Tratado debía ser aplicado, debiendo reinterpretarse el ordenamiento jurídico en vigor a la luz de aquél.

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa, la posición del Ministerio Fiscal cambia radicalmente al negar cualquier tipo de validez o eficacia a la voluntad incuestionada del reclamante y, basándose en exclusiva en un informe médico que, además, reinterpreta según el tradicional patrón capacitista, le niega el derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica para testar, argumentando para ello su incapacidad para manejar asuntos económicos y negándole siquiera cualquier apoyo a tal fin, si fuera necesario, lo cual tampoco ocurre en este caso porque, como hemos repetido, la persona concernida sabe perfectamente lo que quiere, que no es más que dejarle sus bienes a unos y negárselos a otros, y para ello no hace falta tener unas especiales dotes en asuntos financieros. En definitiva, en el caso que nos ocupa, la demandante deja clara su voluntad, que es justamente



lo que el acto de testar requiere y lo único que se exigiría a cualquier otra persona que no tuviese discapacidad; por ello, negar el ejercicio de la capacidad jurídica al actor para la realización de este acto en base a un informe médico que, además certifica que su voluntad es claramente la manifestada, constituye un acto claro de discriminación por razón de discapacidad ⁽¹²⁾.

2.3. El paradigma de Derechos Humanos en la SAP Badajoz 14 de septiembre de 2020. El fallo

Afortunadamente, la sentencia que ahora se comenta resulta modélica en cuanto a la interpretación de nuestro Derecho a la luz de los principios de la CDPD y, por tanto, respecto al avance de nuestra jurisprudencia en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

El fundamento jurídico cuarto comienza por exponer que el excesivo paternalismo imperante en nuestro tradicional sistema ⁽¹³⁾ se ha justificado siempre en el ansia del legislador de proteger a las personas con discapacidad, particularmente de aquellas con discapacidad intelectual, de sus propias decisiones para evitar abusos o influencias indebidas a la hora de realizar actos jurídicos pero, haciéndose eco de una de las principales quejas del colectivo de la discapaci-

dad ⁽¹⁴⁾, reconoce que ese proteccionismo desmedido ha traído como consecuencia el olvido de sus propios intereses, aparcando su voluntad, deseos y preferencias.

A continuación, la sentencia recuerda el cambio al que ha obligado la entrada en vigor de la CDPD ratificada por España en el año 2007 pues, a tenor de lo previsto en los artículos 10-2 CE ⁽¹⁵⁾ y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados internacionales, nuestro ordenamiento jurídico ha de ser interpretado a la luz de lo previsto en el espíritu del Tratado, en tanto en cuanto no se haya producido la necesaria adaptación de aquél a la Convención pues, para el Magistrado ponente ésta no es aplicable directamente ⁽¹⁶⁾.

Para la emisión del fallo, el fundamento jurídico cuarto alude directamente al artículo 12 de la CDPD que, como hemos indicado anteriormente, reconoce a las personas con discapacidad plena capacidad jurídica, en su doble vertiente, es decir tanto en su elemento estático -titularidad de derechos-, como en su elemento dinámico -capacidad para ejercer esos derechos-. Se refiere particularmente al apartado 5º del artículo 12 CDPD, donde se reconoce de forma específica la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para gestionar y controlar sus propios asuntos económicos. El Tribunal acoge no solo la literalidad del

precepto ahora mencionado, sino que además alude a la interpretación que del mismo dio el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité) en su Observación General Primera en el año 2014 y, de esta se transcribe el párrafo que indica que “En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”. Esta instrucción del Comité traduce una de las demandas de las personas con discapacidad vertidas durante la negociación de la Convención que entendían, precisamente que la negación de la capacidad basada en las deficiencias mentales supone una clara discriminación por razón de discapacidad. Para estos casos, se ordena a los Estados que doten de los apoyos ⁽¹⁷⁾ que, en su caso, la persona con algún tipo de déficit en su capacidad intelectual pudiese precisar para ejercer su capacidad jurídica. También se rechaza tajantemente la anulación o limitación de la capacidad jurídica, con fundamento sobre el principio de “mejor interés” del que expresamente declara que no constituye ningún tipo de garantía para la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, sino todo lo contrario ⁽¹⁸⁾.

La Audiencia Provincial señala el objetivo principal de la Convención: garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Sin embargo, afirma a continuación que el ejercicio de los derechos civiles de las personas con discapacidad podrá limitarse, pero solo cuando fuera estrictamente necesario; y en este sentido, conviene decir que la postura de este tribunal se aparta de la expresada por el Comité en diferentes ocasiones. En efecto, el Comité ha dejado claro que, bajo ningún supuesto, la capacidad jurídica podrá ser limitada ⁽¹⁹⁾. Sin embargo, ello no obsta, en nuestra opinión, para que entre las salvaguardas que los Estados deban adoptar para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica pueda figurar una figura de representación como la que, por ejemplo, se configura en el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al introducir la nueva figura de la curatela con facultades de representación ⁽²⁰⁾ que, sin embargo, no será sustituta de la voluntad de la persona con discapacidad salvo en casos extremos ⁽²¹⁾. En nuestra opinión, esta nueva medida de apoyo tiene perfec-



ta cabida dentro del párrafo 4 del artículo 12 CDPD, siempre que respete los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad que es, precisamente, lo que se pretende con la reforma en curso, según indica el propio preámbulo del proyecto de ley citado. El Comité ha profundizado todavía más sobre la cuestión relativa a la voluntad, al aclarar que, en aquellos casos en los que ésta no pueda ser expresada por la persona concernida de modo comprensible para los demás, se deberá realizar el mayor esfuerzo de reinterpretación, de modo que el representante deberá actuar conforme la persona hubiera querido teniendo en cuenta su trayectoria vital, sus valores, etc., pero nunca su “mejor interés objetivo” ⁽²²⁾. Por eso, discrepamos de la Audiencia Provincial respecto a la posibilidad, siquiera residual, de que la capacidad de la persona con discapacidad pudiera ser limitada. Admitir esta opción, aún remota, nos parece ciertamente peligroso, pues la experiencia nos ha demostrado que, desgraciadamente, la excepción ha pasado a ser la norma general durante mucho tiempo en las cuestiones relacionadas con la protección de los derechos de las personas con discapacidad ⁽²³⁾.

No es, en todo caso, extraño que la Audiencia Provincial alabe la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la Convención, encaminada a desterrar la figura de la tutela y, en su lugar, optar por la de la curatela al entender que, en nuestro ordenamiento jurídico actual, esta última se configura como la figura más flexible y acorde con el nuevo modelo de asistencia impuesto por el Tratado

No es, en todo caso, extraño que la Audiencia Provincial alabe la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la Convención, encaminada a desterrar la figura de la tutela y, en su lugar, optar por la de la curatela al entender que, en nuestro ordenamiento jurídico actual, esta última se configura como la figura más flexible y acorde con el nuevo modelo de asistencia impuesto por el Tratado. Para el emisor de la sentencia comentada, se habla ahora del llamado “traje a medida”



de modo que debe graduarse siempre la incapacidad; sin embargo, hemos de recordar que la Convención no trae consigo la obligación de que la sentencia sea ese llamado “traje a medida”, de manera que deba graduarse siempre la incapacidad, sino que este concepto es precisamente el que rige en el actual sistema pues, a tenor de lo previsto en el vigente artículo 760- 1 LEC ⁽²⁴⁾, la sentencia de incapacitación ha de ser graduada y ajustada a las circunstancias propias de la persona declarada legalmente incapaz. Cosa distinta es lo que se haya venido haciendo en la práctica y de ahí nuestras reticencias sobre la posibilidad de dar cobertura a la posibilidad de limitación de la capacidad, aunque fuera de forma absolutamente excepcional. Lo que en realidad pretende ahora la Convención no es que la sentencia sea un “traje a medida”, sino más bien que existan tantos “trajes a medida” como la persona precise; es decir, que no exista un único procedimiento de “incapacitación” o de “modificación de la capacidad” en términos más actuales, donde se fijen medidas concretas para una persona; sino que existan tantos procedimientos de provisión de apoyos, como apoyos necesite la persona para ejercer sus derechos en los momentos concretos que los precise, sin que ello lleve aparejado con carácter previo, la limitación de su capacidad.

Aunque compartimos en parte la opinión de que el Tribunal Supremo ha ido realizando en sus últimas sentencias una interpretación de nuestro Derecho interno más acorde con la Convención, optando por la generalización de la designación de la curatela en detrimento de la tutela, no podemos, sin embargo, aplaudir la interpretación que el Alto Tribunal mantiene desde la mítica sentencia de 29 de abril de 2009, en el sentido de que la incapacitación es solo “una figura de protección” porque, precisamente este postulado va en contra del propio espíritu de la Convención y de las observaciones emitidas por su órgano de supervisión ⁽²⁵⁾.

2.4. El fallo

Centrándose ya en la materia propia que afecta al derecho a testar, la resolución judicial comentada cita la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo haciéndose eco de las más recientes sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la Convención, que promueven y reconocen el derecho a testar de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial y, sobre la base de todas ellas, concluye que, en el caso que nos ocupa, el demandante ha de ser reintegrado en su capacidad jurídica para otorgar testamento.



En efecto, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la posibilidad de otorgamiento de testamento por las personas cuya capacidad hubiera sido judicialmente modificada. Las sentencias más recientes han resuelto que la regla general es la de la capacidad, que ha de referirse al estado en que el disponente se encontraba en el momento del otorgamiento, tal como prevé el artículo 666 CC. La doctrina del Tribunal Supremo ha determinado que la incapacidad determinante de la falta de cabal juicio ⁽²⁶⁾ no requiere una previa declaración judicial en tal sentido (STS de 22 de junio de 1992, ROJ 4992/1992), sino que basta con una “incapacidad de hecho suficientemente demostrada” (STS de 19 de septiembre de 1998, ROJ 5223/1998), esto es, que la persona padezca, habitual o accidentalmente, una enfermedad o trastorno suficientemente grave que afecte sus facultades intelectuales y volitivas de forma que le impida ordenar su sucesión de modo consciente y libre, en el momento exacto en que pretende testar ⁽²⁷⁾. Es decir, la capacidad del testador ha de ser evaluada en el momento de otorgar testamento y no antes.

Siguiendo este mismo hilo argumental, el fundamento jurídico quinto de la sentencia que se comenta ahonda un poco más y cuestiona de forma decidida la posibilidad

de que la capacidad para testar pueda ser anulada o limitada con carácter previo al momento de otorgar testamento. En concreto, se plantea la posibilidad de que las sentencias dictadas en procedimientos de incapacitación o modificación de la capacidad puedan fallar también en el sentido de privar a la persona incapacitada total o parcialmente de su derecho a testar en el futuro, cuestión que con anterioridad había sido también planteada y resuelta por algún autor doctrinal ⁽²⁸⁾. Adelantamos ya que la conclusión de la Audiencia Provincial de Badajoz será contraria a la privación del derecho *a priori*.

La sentencia recuerda que la Convención introduce el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica y que nuestro Código Civil parte de la presunción de la capacidad para testar y establece una serie de garantías para contrastar la capacidad al momento de otorgar testamento notarial. En este aspecto, sigue de nuevo la estela del Tribunal Supremo que se ha pronunciado, en primer lugar, sobre el papel del notario ⁽²⁹⁾, quien fiscaliza por sí mismo *in situ* la idoneidad de la capacidad del testador en el momento del otorgamiento, con independencia de que quien vaya a realizar el acto sea una persona con discapacidad o no. El notario deberá determinar en todos los casos si la persona que pretende testar

tiene en el momento de hacerlo capacidad natural para entender y expresar el alcance de su voluntad, pudiendo apoyarse sobre el dictamen de dos facultativos, si fuese necesario. Así, el notario actúa como garante de la idoneidad de la capacidad del disponente al momento de testar, denegando el otorgamiento de la escritura si concluye que justo en ese momento no está capacitado para realizar el acto, y ello con independencia de que presente discapacidad o no. Por eso, desde que, al tiempo del ejercicio del derecho, el notario tiene que verificar el cabal juicio ⁽³⁰⁾ del testador, sobra ya, por desproporcionada, la privación adelantada del derecho. De ahí que concordemos con la Audiencia Provincial de Badajoz en este aspecto.

La sentencia recuerda que la Convención introduce el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica y que nuestro Código Civil parte de la presunción de la capacidad para testar y establece una serie de garantías para contrastar la capacidad al momento de otorgar testamento notarial

En segundo lugar, en línea con la jurisprudencia del Alto Tribunal y de una parte importante de la doctrina ⁽³¹⁾, la sentencia comentada apunta también a la labor del notario como figura de apoyo o asistencia ⁽³²⁾ para el ejercicio de la capacidad para testar. Como bien se indica, el notario no se limita a transcribir las manifestaciones del disponente, sino que para valorar su capacidad y evitar la posible captación de su voluntad tendrá en cuenta también el resto de las circunstancias que rodean al acto y desempeñará perfectamente el papel de ayudante o asistente de los testadores que presentan dificultades de comprensión. En este sentido, sigue la doctrina del Tribunal Supremo ⁽³³⁾, según la cual, el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, impone al alto funcionario los asesoramientos precisos que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por



ser actividades distintas de las de asesorar, o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad.

Estas dos labores del Notario, como garante de la capacidad del otorgante y asesor o apoyo al testador, garantizan el cumplimiento del artículo 12 de la CDPD ya que, por una parte, reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad para otorgar testamento según su voluntad, deseos y preferencias, en igualdad con los demás; por otra, dota a estas personas de los apoyos precisos -concretamente de la asistencia del propio notario- para poder ejercer su capacidad jurídica al momento de testar, momento en el que el alto funcionario apreciará la capacidad para realizar el acto, tal como ordena el artículo 666 CC, y ello con independencia de la existencia o no de discapacidad en el disponente. Por último, el propio apoyo del notario se constituye en una salvaguarda para el testador ante posibles influencias indebidas que pudieran captar su voluntad para testar. Por ello, no existe razón alguna que justifique que las personas con la capacidad modificada judicialmente se vean privadas anticipadamente de su derecho a testar ⁽³⁴⁾; por lo que, esta medida debería haber dejado de ser aplicable tras la entrada en vigor de la Convención ⁽³⁵⁾, pues contradice la regla del artículo 666 CC y además resulta incompatible con la CDPD. De nuevo, concordamos con la Audiencia Provincial de Badajoz.

Con acierto se señala en la resolución comentada que nuestro Código Civil garantiza los intereses de las personas con “la capacidad natural mermada”, desde el momento en que un funcionario público fiscaliza tanto por sí mismo como por dos facultativos, que el testador cuenta con la capacidad necesaria para otorgar testamento

A los anteriores argumentos, el fundamento jurídico quinto añade otros para avanzar sobre el que será su fallo. Defiende la capacidad del demandante para testar invocando analógicamente la capacidad jurídica que el Código Civil otorga a los menores que pueden hacer testamento desde



los catorce años, de lo que se deduce que el acto no requiere de una elevada capacidad intelectual, aun reconociendo la enorme variedad de testamentos existentes en cuanto a su complejidad o simpleza ⁽³⁶⁾. Debe observarse, como afortunadamente destaca la sentencia comentada, que no todos los testamentos exigen la misma competencia y capacidad de comprensión, ya que los hay desde muy sencillos hasta sumamente complejos y a mayor complejidad, mayor necesidad de apoyo. En este sentido, GARCÍA RUBIO opina que, para los testamentos sencillos, el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado ⁽³⁷⁾ que el testador precisará para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su competente asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades de comprensión que la persona pudiera tener. Por eso, la capacidad para testar dependerá de la entidad de las disposiciones: si son sencillas, se exigirá menor capacidad y si son complicadas (por incluir complicadas sustituciones, colaciones, cautelas de opción compensatoria u otras instituciones sucesorias de especial complejidad), su exigencia será mayor, opinión con la que coincidimos ⁽³⁸⁾. En el caso que nos ocupa, las disposiciones eran ciertamente sencillas, pues se limitaban a dar forma y eficacia jurídica *post mortem* a la indubitada voluntad del testador de dejar sus bienes a unos y, sobre todo, que no

terminaran siendo para otros en virtud de las reglas de la sucesión intestada, para lo cual necesitaba, precisamente, otorgar testamento; para ello, bastaba con la presencia y el apoyo del notario como garante y asesor del disponente; negarle la capacidad de testar no solo significaba negarle el derecho a otorgar testamento, sino violar claramente su voluntad.

Con acierto se señala en la resolución comentada que nuestro Código Civil garantiza los intereses de las personas con “la capacidad natural mermada” ⁽³⁹⁾, desde el momento en que un funcionario público fiscaliza tanto por sí mismo como por dos facultativos ⁽⁴⁰⁾, que el testador cuenta con la capacidad necesaria para otorgar testamento. Por ello, opinamos también que es de sentido común mantener el derecho de la persona a testar frente a la privación de tal derecho ante un eventual riesgo de sufrir influencias indebidas al momento de otorgar testamento, pues no puede ser peor el remedio -privación del derecho a testar- que el riesgo -captación de la voluntad por influencias indebidas- que se pretende evitar, siguiendo la “bienintencionada inercia tradicional que, en el afán de proteger al sujeto, paradójicamente, le quita derechos” ⁽⁴¹⁾. Es aquí dónde, de nuevo, juega un papel crucial el notario al evaluar no solo la capacidad de la persona al momento



del otorgamiento, sino también el resto de circunstancias que rodean el acto. Como indica el ponente, la presencia de influencias indebidas sobre la voluntad del otorgante puede encontrarse en la propia disposición testamentaria que el notario analizará.

La sentencia asume, en definitiva, el parecer de gran parte de la doctrina⁽⁴²⁾ acerca del papel del notario como prestador de apoyos a las personas con discapacidad. Sigue también la línea jurisprudencial marcada, entre otras, por la STS de 15 de marzo de 2018⁽⁴³⁾, que recoge el principio de presunción de capacidad⁽⁴⁴⁾ y específicamente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción⁽⁴⁵⁾, el cual ha quedado reforzado por la CDPD⁽⁴⁶⁾. El Tribunal Supremo, argumentaba entonces que la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos* y que existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual. Por otra parte, recordaba que el testamento es un acto personalísimo⁽⁴⁷⁾, ni el tutor como representante legal puede otorgarlo en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente, ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento. Estas dos últimas cuestiones se

recogen igualmente en la sentencia que ahora mismo se comenta.

Respecto a la primera de ellas, la Audiencia Provincial de Badajoz afirma que las realizadas en vida del causante pueden comprometer los intereses del incapaz, pero no ocurre lo mismo con las disposiciones *mortis causa*. En efecto, el ponente argumenta que las consecuencias jurídicas derivadas del acto de testar no perjudican al otorgante, sino en todo caso a sus herederos, pues sus efectos se despliegan *mortis causa*, es decir, una vez fallecido el disponente. Es más, en el caso comentado, se daba la circunstancia de que, en realidad, de no reintegrarse la capacidad según lo interesado en la demanda, los únicos beneficiados resultarían ser los hermanos del testador a quienes justamente el interesado no quería favorecer, pues con toda probabilidad, formarían parte del grupo de herederos abintestado; es decir, además de negarle la capacidad jurídica para testar, la sentencia de instancia violaba la voluntad indubitadamente expresada por el demandante, aunque no fuera todavía una voluntad testamentaria.

En cuando a la segunda de las cuestiones mencionadas, se debe tomar en consideración que en el sistema del Código civil el testamento es un acto personalísimo, lo que significa que solo puede ser realizado

por su autor, sin que sea posible que otra persona le sustituya en el ejercicio de su derecho a testar ni siquiera le pueda complementar, razón de más para potenciar su otorgamiento. En consecuencia, y, habiendo quedado clara de forma indubitada su voluntad real y siendo necesaria para su eficacia *post mortem* que esa voluntad fuera instrumentalizada a través de un negocio jurídico testamentario, la única vía posible era la reintegración de su capacidad jurídica, al menos en lo referente a su capacidad para testar, para garantizar así el ejercicio del derecho interesado por el recurrente, como por otra parte ordena la Convención.

Con base en todo lo anterior, enumerando separadamente las condiciones particulares aplicables al caso concreto y poniendo el énfasis en las capacidades y voluntad del demandante y en la obligación de proveérselo de apoyos, en su caso, como ordena la CDPD, la Audiencia Provincial de Badajoz dicta sentencia acordando la reintegración de la capacidad para otorgar testamento según lo solicitado.

En definitiva, la sentencia realiza una verdadera labor de interpretación e integración de nuestro ordenamiento jurídico vigente con la CDPD, tal como exigen los artículos 96 y 10 CE

En definitiva, la sentencia realiza una verdadera labor de interpretación e integración de nuestro ordenamiento jurídico vigente con la CDPD, tal como exigen los artículos 96 y 10 CE. En este sentido, podemos decir que:

Asume el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica en su doble vertiente: como elemento estático, titularidad del demandante de su derecho a testar; y como elemento dinámico, al reconocerle el ejercicio del propio derecho, reintegrándole para ello su capacidad jurídica para otorgar testamento.

Apuesta asimismo por la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, entendiendo además el término en su sentido más amplio, como asimismo señala el Comité, al reconocer la labor de asesoramiento del notario que otorgará la escritura pública correspondiente.



Garantiza las salvaguardas necesarias para el ejercicio de la capacidad jurídica del disponente, a través de la labor de garante de la integridad de la voluntad del disponente atribuida al notario, que ha de evaluar la capacidad del testador al momento de otorgar escritura pública, y que ha de examinar las circunstancias que rodean al acto del otorgamiento para detectar y evitar influencias indebidas sobre la captación de la voluntad del otorgante.

Reconoce el ejercicio de la capacidad jurídica atendiendo a la voluntad, derechos y preferencias estimando íntegramente el *petitum* de la demanda para ejercitar su derecho personalísimo de testar.

Prioriza por encima de todo la voluntad del demandante y le dota de los medios necesarios para que ésta se plasme en la forma jurídicamente exigible y libre de cualquier influencia indebida a través de su testamento.

Rechaza el criterio de mejor interés invocado por el Ministerio Fiscal propio del paradigma médico de la discapacidad.

Incorpora el paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de derechos humanos, lo que la convierte en una sentencia modélica en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.



La sentencia que ahora comentamos puede calificarse además de relevante, pues todavía siguen siendo numerosas las que se dictan conteniendo la privación del derecho a testar



La sentencia que ahora comentamos puede calificarse además de relevante, pues todavía siguen siendo numerosas las que se dictan conteniendo la privación del derecho a testar⁽⁴⁸⁾. En este punto nos gustaría introducir un halo de esperanza pues, si la tramitación actual del Proyecto de ley por el que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica continúa según lo previsto, esta tendencia de la jurisprudencia actual no tardará en erradicarse, ya que, como adelantábamos en la introducción al comentario de esta



sentencia, el artículo 665 CC será uno de los que se vea modificado, como es lógico, al desaparecer la figura de la incapacitación. La redacción que actualmente contempla el nuevo precepto proyectado es del siguiente tenor:

Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundamentalmente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos expertos que previamente lo reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud.

Desaparece, por tanto, toda referencia al incapacitado y, particularmente a aquel cuya sentencia de incapacitación le hubiese privado del derecho a testar. El reformado artículo supondrá más que una simple modificación terminológica, pues será aplicable a todas las personas en general con independencia de que presenten discapacidad o no. No obstante, no falta quien aprecia que quedan en la reproducida versión resabios del modelo médico que sería mejor erradicar en el texto definitivo.

Con todo, aunque a simple vista no se detecte, la nueva redacción propuesta en

el Proyecto de Ley avanza respecto de la que originariamente se preveía en el Anteproyecto del que deriva. En efecto, en fase preparatoria el artículo proyectado mantenía la llamada a dos “facultativos” cuando al notario se le planteasen dudas acerca de la aptitud del otorgante. La nueva redacción sustituye a los “facultativos” originarios por los actuales “expertos”, lo cual no resulta casual ya que para algunos críticos con aquella redacción, entre los cuales nos encontrábamos⁽⁴⁹⁾, la referencia inicial podía considerarse un resquicio del paradigma médico-rehabilitador al sustentar la idoneidad de la aptitud para realizar el acto jurídico únicamente sobre la base de unos informes médicos, obviando la posibilidad de que dicha idoneidad pudiera ser valorada a través de informes emitidos por otro tipo de expertos, como trabajadores sociales, por ejemplo, posibilidad que, sin embargo, contempla expresamente el Proyecto de Ley en sede judicial⁽⁵⁰⁾. Con todo, existe todavía margen de mejora en la redacción de este precepto para hacerlo lo más acorde posible con el nuevo paradigma de la discapacidad consagrado en la Convención.



BIBLIOGRAFÍA

1. ALEMANY GARCÍA, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.a. (2.014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. (52), 201-222.

2. BENAVIDES LÓPEZ, Á. (2013). Modelos de capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid, Madrid, España: Universidad Carlos III. Instituto Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas".

3. CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas*(39), 13-30.

4. ESPÍNEIRA SOTO, I. (9 de octubre de 2018). Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de Discapacidad. Primera entrega: Introducción y testamentos. (Nuevo artículo 695 CC). *Registradores y Notarios*.

5. GARCÍA RUBIO, M. (14 de diciembre de 2017). La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LVIII(Separata), 145-191.

6. GARCÍA RUBIO, M. P. (julio-septiembre de 2018-I). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios.*, V(3), 173-197.

7. GARCÍA RUBIO, M. P. (2020). Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En VV.AA., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (págs. 41-63). Madrid, Madrid, España: Marcial Pons.

8. LAFUENTE TORRALVA, A. (2012). Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacidad judicial. *RedUr. Revista electrónica del departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*.(10), 123-143.

9. MESA MARRERO, C. (2017). La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales (1ª edición ed.). Hospitalet de Llobregat, Barcelona, España: Wolters Kluwer España, S.A.

10. NIETO ALONSO, A. (2014). La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas. En A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M. GARCÍA RUBIO, & 1ª (Ed.), *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum*

T.F. Torres García (págs. 1043-1066). Las Rozas, Madrid, España: La LEY.

11. NIETO ALONSO, A. (enero-marzo de 2018). Reseña bibliográfica: Carolina Mesa Marrero. La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales. *Revista de Derecho Civil*, V(1), 251-267.

12. OSSORIO MORALES, J. (1957). *Manual de Sucesión testada*. Madrid, Madrid, España: Instituto de estudios políticos.

13. PAU, A. (julio-septiembre de 2018). De la Incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios.*, V(3), 5-28.

14. PEREÑA VICENTE, M. (2016). La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección. *Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*. Madrid, Madrid, España: Fundación Manantial.

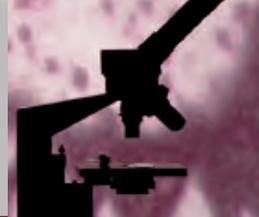
15. SEDA HERMOSÍN, M. (2011). El Notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables. En J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad* (págs. 439-459). Las Rozas, Madrid, España: LA LEY.

16. TORRES COSTAS, M. (junio-diciembre de 2017). Ingresos geriátricos y derecho a la libertad. España y México. *Methodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, 56-89.

17. TORRES COSTAS, M. E. (9 de mayo de 2020). Capacidad jurídica e internamiento involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018. En VV.AA, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*. Vol.I. *Derecho Civil y Derecho Procesal Civil* (Vol. I). Madrid, Madrid, Madrid: ELI.

18. TORRES COSTAS, M. E. (2020-I). La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (B. O. Estado, Ed.) Madrid, Madrid, España: Boletín Oficial del Estado.

19. TORRES GARCÍA, T., & GARCÍA RUBIO, M. (2014). La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones. Madrid, Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.



NOTAS

- (1) BOCG, núm. 27-1, de 17 de julio de 2020, Serie A: Proyectos de Ley.
- (2) TORRES COSTAS, 2020-I:34. También en TORRES COSTAS M. E., 2020:271: “En primer lugar, porque introdujo un importantísimo cambio de paradigma en el tratamiento de aquélla, pasándose del tradicional modelo médico asistencial que trataba a las personas con discapacidad como objeto de cuidados y asistencia en busca de su recuperación para su participación en la sociedad entendiendo la discapacidad como un *problema* de la persona, a un nuevo paradigma o modelo social basado en el enfoque de derechos humanos. En segundo lugar, supuso un hito histórico porque, excepcionalmente, se permitió y reguló la presencia y participación de las personas con discapacidad durante todo el proceso negociador lo que se tradujo en la incorporación de numerosas y trascendentes aportaciones al texto final. En tercer lugar, durante toda la negociación participaron personas, y el texto así lo refleja, con todo tipo de discapacidades: físicas, sensoriales, psicosociales, etc. Por último, porque, pese a la materia tratada, la negociación concluyó en un tiempo récord”.
- (3) En el momento de escribir estas líneas se tramita en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica que incorpora los presupuestos básicos del Anteproyecto y que en la parte que afecta al Derecho sustantivo destaca GARCÍA RUBIO, 2020:53, “... prescinde de la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y utiliza para referirse a ambas como un todo el término capacidad jurídica o, simplemente, capacidad, en consonancia con el art. 12 CDPD”. No obstante, parte de la doctrina mantiene que la distinción entre los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar o “de ejercicio” permanece en el artículo 12 CDPD; así, PEREÑA VICENTE, mantiene que: “Esta interpretación, que suprime la distinción entre capacidad jurídica y su ejercicio, nos parece contraria a la propia literalidad del artículo 12 que no admite apoyos, ayudas ni graduación para el reconocimiento de la capacidad jurídica, pero las exige para su ejercicio. La Convención no da el mismo tratamiento a la capacidad jurídica y a su ejercicio, luego no confunde ambos conceptos. Sin embargo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, a través de la Observación General nº1, ha forzado al máximo la interpretación de este párrafo, haciendo decir a la Convención lo que no dice”. Ver PEREÑA VICENTE, 2016:141-173 Disponible

en: https://www.fundacionmanantial.org/cbpempj_tutela/pdf/pdf_split/CB.1.pdf

- (4) Sobre esta cuestión nos hemos detenido en TORRES COSTAS M. E., 2020-I:100, destacando, no obstante, las críticas de un sector de la doctrina hacia el Comité en esta cuestión, al que han tachado de irresponsable por considerar que niegan en todos los casos la adopción de decisiones sustitutivas de la voluntad de la persona, lo cual, como hemos indicado, no es del todo cierto (*ibidem*). Se cuestiona LEGEREN MOLINA, 2019:197-198 si el derecho a equivocarse puede ser susceptible de limitación. Al respecto, considera que el límite al mismo debe encontrarse en el “peligro objetivo” hacia su persona o patrimonio, concepto distinto al “mero perjuicio”; si bien el propio autor, reconoce la dificultad de dotar de contenido a estos conceptos jurídicos indeterminados, función que recaerá sobre la autoridad judicial. PAU, 2018:152-153, indica que “la protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo –«en interés de las personas con discapacidad»–, sino de un modo subjetivo –«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo detrás de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona»». GARCÍA RUBIO, 2018-II:32-33. Esta misma autora opina que “...es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás.” GARCÍA RUBIO, 2017:173. La organización INCLUSION INTERNATIONAL alude a “la dignidad del riesgo”. *Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:110.
- (5) NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley En: un.org Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>
- (6) ALEMANY GARCÍA, 2018:217; CANIMAS BRUGUÉ, 2016:23; LAFUENTE TORRALVA, 2012:124, entre otros.
- (7) GARCÍA RUBIO, 2020:53. *Vid.* nota3.
- (8) Disposición transitoria primera. Prohibiciones de derechos actualmente existentes. *A partir de la entrada en vigor de la presente ley las medidas prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto.*
- (9) BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

- (10) Expresamente, manifiesta el Comité que “El principio del ‘interés superior’ no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de ‘la voluntad y las preferencias’ debe reemplazar al del ‘interés superior’ para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás”. El principio del “interés superior” quedaría, en todo caso, limitado a la esfera de los menores de edad. NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1.
- (11) STS 2823/2009. ROJ: STS 2362/2009 - ECLI: ES:TS:2009:2362
- (12) Para reconocer plenamente la “capacidad jurídica universal”, en virtud de la cual todas las personas, con independencia de su discapacidad o de su aptitud para adoptar decisiones, poseen una capacidad jurídica inherente, los Estados parte deben dejar de negar la capacidad jurídica cuando el propósito o efecto de esa negación sea una discriminación por motivos de discapacidad. NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1, pág.7.
- (13) El nuevo modelo evita el paralelismo con la minoridad por considerar que ambas son situaciones completamente diferentes. El pensamiento contrario ha llevado precisamente a la infantilización de las personas con discapacidad y, por ende, a la vulneración de su dignidad. Equiparar a un adulto con un niño supone negarle su experiencia, madurez, etc., que van definiendo sus capacidades, gustos, preferencias y voluntad. El modelo social aboga por resaltar y potenciar las capacidades al máximo y apoyar a la persona para que pueda desarrollarse. La infantilización supone justamente su negación. TORRES COSTAS, 2020-I:99.
- (14) Según el informe *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:19, “La denegación de esos derechos, a menudo, se oculta en discursos de “protección” e intereses superiores. Puede suponerse que una persona con discapacidad intelectual no puede tomar decisiones ni expresarlas. Pero bajo el prejuicio contra las personas con discapacidad intelectual hay mucho más que una actitud paternalista: hay una falta de reconocimiento de su condición humana y de persona”.
- (15) A tenor de lo previsto en el artículo 10-2 CE las *normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*
- (16) Afirmación esta última que no compartimos al cien por cien pues no se trata de una Directiva que haya que trasponer sino de un

tratado internacional ratificado por España y publicado en el correspondiente BOE, que pasa a ser derecho positivo de carácter supralegal. Como recuerda BENAVIDES LÓPEZ: 2013: 431, el artículo 96.1 de la constitución española de 1978 dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados por el reino de España, una vez publicados oficialmente pasan a formar parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. De estos preceptos (artículo 96-1 y artículo 10-2 CE) se deduce que una vez que un tratado internacional celebrado válidamente se ha incorporado al ordenamiento jurídico español, no se podrán desarrollar ni aplicar normas internas que conculquen los preceptos internacionales.

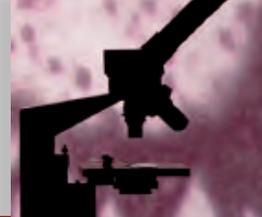
- (17) En su Observación General Primera, el Comité aclaraba que el artículo 12 de la CDPD no permite negar la capacidad jurídica por motivos basados en la falta de aptitud de la persona para tomar decisiones porque ello supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica –en este caso para testar- si la evaluación lo justifica. El Comité ha manifestado que cuando la discapacidad de la persona o su aptitud para tomar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley se produce una discriminación por razón de discapacidad proscrita por el artículo 12 que no solo no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que, además, exige en tales casos que se proporcionen apoyo a la persona en su ejercicio. CRPD/C/GC/1, págs. 4-5. El párrafo 23 de la Observación General Primera señala expresamente que *El artículo 12, párrafo 5, obliga a los Estados parte a adoptar medidas, con inclusión de medidas legislativas, administrativas y judiciales y otras medidas prácticas, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás. Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad sobre la base del modelo médico de la discapacidad. Este criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad.*
- (18) Opinión igualmente expresada por las propias asociaciones de personas con discapacidad, especialmente aquellas que repre-

sentan a las personas con discapacidades mentales o intelectuales. Por todas, INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:19. *Vid.* notas 4y 10.

- (19) CRPD/C/GC/1, págs. 7, párrafos 27 y 28.
- (20) El artículo 249-3 del Proyecto de Ley prevé expresamente que: *En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación.*
- (21) Para GARCÍA RUBIO, 2020:54-55, que es importante que se explique con claridad que incluso en los casos de representación el Proyecto no prevé una actuación por parte del titular del apoyo sustitutiva de la voluntad del representado (y por ello considera que debe desaparecer la palabra “sustitución” de la Exposición de Motivos) . Esto es así, porque según la autora citada, en este tipo de casos el representante siempre ha de actuar de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y si la persona no está en condiciones de manifestar su voluntad, el titular del apoyo no puede, en ningún caso, decidir por ella; muy al contrario, estará obligado a hacer un esfuerzo considerable a fin de determinar la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiera requerido representación, teniendo para ello en cuenta los factores que esa misma persona habría tomado en consideración y no su mejor interés o su beneficio.
- (22) Acoge el Comité las demandas de las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad, que, en relación con las que denominaban “situaciones difíciles”, recomendaban que en la Observación General se promoviese la noción de la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” de modo que sustituyera la prueba del interés superior para su aplicación en estas situaciones. La prueba reconocería que la voluntad y las preferencias no siempre pueden interpretarse con certeza, sino que siempre hay mejores interpretaciones que otras. Además, serviría de guía para que los Estados parte adoptasen esa prueba a la hora de facilitar la toma de las decisiones necesarias en el caso de una persona en esa situación. En efecto, esta sería una tercera forma en que las personas podrían ejercer su capacidad jurídica cuando no dispusiesen de apoyos que pudieran permitirles dirigir con claridad la toma de decisiones. La *Canadian*

Association for Community Living (ACL) había denominado a esta forma de ejercicio de la capacidad jurídica “toma de decisiones facilitada”, que sentaba las bases para suprimir los regímenes de sustitución en la toma de decisiones, y, al mismo tiempo, proporciona las mayores salvaguardias que están obligados a proporcionar los Estados parte en estas situaciones *Independiente pero no solo*. *Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:110. El Proyecto de Ley en trámite acoge de forma expresa estas demandas en el artículo 249 CC proyectado cuyo párrafo tercero prevé expresamente: *En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación.*

- (23) “...la práctica ha venido a demostrar que con el sistema vigente donde las sentencias de incapacitación o de modificación de la capacidad en la denominación actual deberían ser trajes a medida, el 95% de ellas optaron por la modalidad de incapacitación total con designación de la figura más protectora y sustitutiva de la voluntad, la tutela sin establecer una verdadera graduación”. Comité de Ética y Legislación, Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), 2016, Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad. En: <https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislacioncioc81n.pdf> Sobre este aspecto puede encontrarse información más ampliada en TORRES COSTAS M. E., 2020-I:159-162.
- (24) Artículo 760 LEC. *Sentencia*. 1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta...
- (25) Tampoco se puede mantener que sea suficiente con lo que hace el TS, hace falta la modificación legislativa sin duda. En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, 2020:49-52, quien realiza haciendo un sucinto análisis de las sentencias del Tribunal Supremo más recientes.
- (26) Para MESA MARRERO, 2017:16-18, la expresión “cabal juicio” recogida en el artículo 663 CC como causa de incapacitación para testar, es uno de los aspectos más polémicos del debate sobre la validez del testamento, según se desprende de la lectura y examen de numerosas sentencias.
- (27) *Ibidem*



- (28) *Ibidem*
- (29) Respecto a la función del notario, la STS de 19 de septiembre de 1998 (ROJ 5223/1998), considera que no se limita a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional le impone los asesoramientos precisos que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador. Sobre qué puede hacer el Notario para proteger a la persona “desfavorecida” léase SEDA HERMOSÍN, 2011:445-447; en similar sentido, NIETO ALONSO, 2018:253.
- (30) *Vid. nota26*
- (31) *Ibidem*
- (32) Figura, la del notario, que se verá reforzada con la reforma de la legislación civil y procesal proyectada. *Vid.* TORRES COSTAS, 2020:179 y la doctrina citada, entre la que se encuentran TORRES GARCÍA & GARCÍA RUBIO, 2014:80-87, NIETO ALONSO, 2018:253, en la reseña bibliográfica relativa a la obra de MESA MARRERO, 2017, al referirse a la importante labor de asesoramiento del notario como salvaguarda en los actos de otorgamiento de testamento de las personas vulnerables, al indicar que: “... sí será oportuno establecer las necesarias salvaguardias, como puede ser la intervención del sabio asesoramiento previo del notario, asesoramiento adaptado a las circunstancias de la persona vulnerable, que recogerá la última voluntad de este tipo de testadores y evitará cualquier suerte de influencias indebidas sobre la voluntad de tales otorgantes. Se compadecería bien esta propuesta con la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que prescribe se tomen las medidas oportunas que «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona» —la cursiva es añadida— (art. 12.4)”. En palabras de la notaría de Santiago de Compostela, ESPIÑEIRA SOTO, 2018, “en el germen de la validez y eficacia de la mayor parte de las instituciones y derechos que se impulsan en la nueva normativa (autocuratela, potenciación del derecho a testar, poderes preventivos) se sitúa el Notario y su función (asesoramiento previo técnico e imparcial, su papel de autoridad receptora de voluntades, su labor conformadora que engloba las tareas de escuchar, indagar, interpretar y adecuar el otorgamiento (la escritura) a la voluntad manifestada fruto de la comunicación con el otorgante y de la diligente observación del entorno en el acto del otorgamiento; la reforma potencia la función notarial, los juicios y valoraciones del notario)”.
 (33) *Vid. nota29*
- (34) MESA MARRERO, 2017:112-113, cita a GÓMEZ LAPAZA, M.C. y DÍAZ ALABART, 2014:544-545, que afirman que “la discriminación que supone que a los incapacitados se les prive por la sentencia de incapacitación de la posibilidad de otorgar testamento, aunque de hecho se encuentren en intervalo lúcido, se suma el que dicha privación se dará solo para los incapacitados sometidos al Código Civil, lo que bien puede percibirse como una doble discriminación”.
- (35) Criterio que encuentra también respaldo entre la doctrina científica, como hemos señalado anteriormente. Así, para MESA MARRERO, 2017:112-113, este tipo de pronunciamiento no es actualmente de recibo ni compatible con la CDPD. Para esta autora, 2017:121, lo procedente sería someter la posibilidad de otorgamiento a las cautelas previstas en el artículo 665 CC.
- (36) Y en este punto, aunque el ponente no repara en ello, la propia sentencia que la Audiencia provincial revoca podría haber incurrido en una contradicción ya que, por una parte, declara incapaz a la persona para regir su persona y bienes, “excepto para aquellos actos o negocios jurídicos permitidos a un menor de edad no emancipado” y, por otra parte, le priva expresamente de la facultad de testar y del derecho de sufragio. La contradicción a la que aludimos es que precisamente el acto de testar es uno de los que el Código Civil permite realizar a menores edad, mayores catorce años, por tanto, podría tener encaje dentro de aquellos que el propio fallo de la sentencia de incapacitación sitúa en la excepción y que, por tanto, estarían permitidos al incapacitado. Sin embargo, acto seguido, la propia resolución de primera instancia lo prohíbe expresamente.
- (37) La autora citada cree firmemente que tal intervención notarial, asistiendo al testador y ayudándole a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando, constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPC cuando en su párrafo tercero dispone «Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». GARCÍA RUBIO, 2018-l:176. *Vid.* también notas3, 31 y 32 *ut supra* y nota39 *ut infra*.
- (38) TORRES COSTAS M. E., 2020-l:341-342.
- (39) Sobre la posibilidad de otorgamiento de testamento por parte de las personas con su capacidad jurídicamente modificada y sobre el papel del notario respecto a la idoneidad de la capacidad para ello había tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Supremo.
- Las sentencias más recientes lo han hecho en el sentido de que la regla general es la de la capacidad que ha de ser reconocida *in situ* en el momento del otorgamiento por el notario quien, si lo considerase oportuno, podría apoyarse sobre el dictamen de dos facultativos, salvo que la persona esté incapacitada judicialmente y la sentencia se hubiere pronunciado acerca de su incapacidad para testar. TORRES COSTAS M. E., 2020-l:342.
- (40) Huella del modelo médico. Tras la reforma en curso, no necesariamente deberán ser médicos, pues el proyecto se refiere a “expertos”.
- (41) “bienintencionada inercia” que el ponente expresamente invita a “superar”.
- (42) *Vid.* notas3, 31 y 32 *ut supra* y nota39 *ut infra*
- (43) STS de 15 de marzo. ROJ 936/2018.
- (44) Reconocido en general en los artículos 10 CE, 322 CC y 760-1 LEC.
- (45) Artículo 662 CC.
- (46) En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.
- (47) Artículo 670 CC. Según OSSORIO MORALES, 1957:32 se trata de un negocio jurídico personalísimo en un doble sentido: en el de que la facultad de otorgarlo es indelegable y en el de no poderse otorgar conjuntamente por dos o más personas en un solo acto.
- (48) Entre otras, la SSAP de Palma de Mallorca, de 10 de marzo de 2016, ROJ 374/2016 o la de Girona de 9 de febrero del mismo año, ROJ 38/2016. Otras, como las SSAP de San Sebastián, de 8 de mayo de 2015, ROJ 464/2015, privan además expresamente, del derecho al sufragio y de la capacidad para contraer matrimonio.
- (49) TORRES COSTAS M. E., 2020-l:258-259.
- (50) Así, el artículo 759-3 LEC proyectado obliga a la práctica de las siguientes *Pruebas preceptivas en primera y segunda instancia*. 1. *En los procesos sobre adopción de medidas de apoyo a las que se refiere este Capítulo, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el Tribunal practicará las siguientes pruebas:* 3. *Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Se contará con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.*

Aspectos de la obra de Castán Vázquez

José Antonio Linage Conde
Notario jubilado

*Il faut avoir fouillé toute la
vie sociale pour être un vrai
romancier; vu que le roman est
l'histoire privée des nations*

(Honoré de Balzac; *Pequeñas miseria
rias de la vida conyugal*)

Conocí a José-María Castán Vázquez- no él a mí-, al principio, años cuarenta, de su ejercicio de fiscal en Segovia. Estudiante de bachillerato en el Instituto de la ciudad, cuando me era posible yo veía los juicios de la Audiencia Provincial. Uno de los magistrados era el “psicoanalista” César Camargo. Volví a recordar aquellos días al leer en Carnelutti que el público también es parte del proceso y el derecho procesal.

Yo tenía un amigo ya a punto de licenciarse, Manuel González Herrero, con el que alguna vez coincidía allí como espectador; luego él destacó en el foro, en la erudición y en la vida cultural de la ciudad. Una de las primeras veces que oímos a Castán informar me susurró: “-Es bastante bueno este fiscal”. Muy distintos y a veces amargos eran sus comentarios a las intervenciones del fiscal jefe. De esas diferencias entre una y otra opinión sobre los dos fiscales, quiero subrayar no sólo lo que va de lo positivo a lo negativo, sino la que hay entre lo personal y lo abstracto. En Castán se tenía en cuenta sobre todo a él mismo, su persona; en cambio en su colega se enjuiciaba su actuación profesional, se pretería la individualidad.



Objetivando, en aquel tribunal y aquellos años Castán significó la humanización de la fiscalía. En su bufete prestigioso, el trato de mi amigo con Castán, que permaneció mucho tiempo en aquel destino, fue muy amistoso ⁽¹⁾. Yo tuve menos suerte, pues Castán me conoció ya en una etapa tardía de mi vida, la madrileña, en esa Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que era la niña de sus ojos, de la que entonces era secretario él, cuando la presidía mi compañero de curso Díez Picazo.

A estas alturas de mi supervivencia, la indiscutible e indiscutida bondad de Castán me resulta una memoria tan absorbente que en ningún momento me es posible separarla

del argumento de estas páginas, aunque mi propósito en ellas sea tratar objetivamente de su legado escrito a la literatura jurídica. *En el buen sentido de la palabra bueno*, como se autoretrató Antonio Machado. Pero hay que puntualizar a este cotejo entre el uno y el otro, pues el poeta lo afirmaba de sí mismo, mientras de Castán eran cuantos le conocieron quienes lo sostenían y sostenemos, y además enunciándolo de una manera incondicional, mientras Machado lo hacía cual una contrapartida a las gotas de sangre jacobina que decía haber en sus venas, por más que no enturbiasen, y seguimos citándole, el manantial sereno de que brotaba su verso. Por otra parte, Castán no habría suscrito el altanero y *al cabo nada os debo*, de aquella



misma magistral poesía autodefinitoria.

En estas páginas me propongo exponer y comentar algunas aportaciones de Castán Vázquez a la ciencia jurídica, con la advertencia de que, si esa excelcitud de su humanidad aflora en ellas, no será por haberla yo buscado, sino por estar ínsita en esa su propia doble realidad ⁽²⁾.

Ante una visión panorámica

Castán colaboró en el tomo primero del Homenaje a Juan-Berchmans Vallet de Goytisolo bajo el título *Releyendo el "Panorama de Derecho Civil" de Vallet*, veinte años después del libro comentado, aparecido que había sido en 1963.

El comentario de Castán era expositivo y no polémico, y por eso de él debemos retener su alusión a ser la obra de Vallet "contraria a extensos sectores positivistas del mundo actual". Ninguna crítica de esos oponentes hizo, y no le habría sido necesario, ya que en esos negadores predominó—¡y continúa!—el silencio, postura cómoda que se explica por la dificultad de una descalificación que habría exigido enfrentarse abiertamente tanto a Costa como a Montesquieu, dos de las devociones jurídicas de ese maestro de la corriente católica del Derecho Natural y el iusnaturalismo hispánico.

Castán empezó subrayando la índole de jurista práctico del homenajeado; la frase muy repetida por don Federico de Castro, incluso en clase, "nosotros los juristas prácticos", y la noción del derecho del propio Vallet, "una producción de hechos jurídicos, resueltos uno a uno, en la vida concreta, con soluciones justas". Precisamente fue este convencimiento el que a Vallet más aproximó a Joaquín Costa y su valoración del "hecho jurídico individual y social", una impronta decisiva, que le llevó a tomar su partido frente al exclusivismo de Kelsen, abstracto y cerrado en la norma, tema de uno de sus dos discursos de ingreso académico.

Esa visión del derecho, asentada en el hecho jurídico, pero para ser elaborada en una mente rigurosamente articulada en torno a los principios supremos del Derecho Natural, se nos viene a las mentes a propósito de un problema de que Castán se ocupó también, la enseñanza del mismo, la formación de los hombres a él dedicados ⁽³⁾. ¿El Derecho es de principios- aplicables al casuismo mediante la deducción- o inductivo a partir del propio

FICHA TÉCNICA

Resumen: Aportaciones del jurista José María Castán Vázquez al Derecho, en materia de patria potestad, de adopción y en otras áreas del Derecho civil.

Palabras clave: Derecho de familia, Patria potestad, Adopción, Derecho Iberoamericano, favor debitoris, abuso de derecho, sucesión contractual, derecho al secreto de la correspondencia, interpretación del testamento, presencia del derecho en la literatura.

Abstract: Contributions of José María Castán Vázquez to Law, in matters of parental authority, adoption and in other areas of Civil Law.

Keywords: Family law, Parental authority, Adoption, Ibero-American Law, favor debitoris, abuse of law, contractual succession, right to secrecy of correspondence, interpretation of the will, Law and Literature.

casuismo, como se postuló desde 1870 en Harvard y el profesorado de Langdell, por los fueros de lo que el civilista Batlle Vázquez observó le convertiría en una "masa informe de soluciones fragmentarias?". Es indiscutible la necesidad de valorar ambas corrientes, como Castán hace, y Vallet no pudo concebir otra solución consecuente con el dualismo de su sistema.

Una alternativa que enlaza con otro dilema, si el Derecho debe formar a científicos de la teoría o a profesionales de la práctica, en este último caso enfrentándose al escollo hecho ver en Francia y por algunos alemanes, la índole a la fuerza muy cambiante del derecho positivo, lo que ha inducido en Norteamérica a reivindicar el aprendizaje de una visión concreta de los problemas legales. Es la misma necesidad imperiosa de enseñar a razonar jurídicamente, que será una herramienta para la solución por los profesionales de sus problemas prácticos, buceando sencillamente en su condición de juristas, en el apoyo mutuo de la teoría y la práctica que es la postura de Castán.

Se refiere éste también a la entrada o no de la historia y del derecho comparado en el método docente. Para valorar la trascendencia de la primera no hace falta llegar a la noción de De Francisci del derecho como ciencia histórica. Un ejemplo muy revelador es el de España. Mientras que en sus derechos forales la historia está tremendamente vigente, don Federico de Castro recordaba que a la vez el Código Civil era la continuidad con el derecho anterior. En cuanto al comparatismo en el método había que tener

en cuenta también a De Francisci, por su valoración en todos los derechos positivos del manifestarse una misma voluntad de orden.

Una reivindicación de la mujer y de la madre

En 1957 publicó Castán el libro titulado *La participación de la madre en la patria potestad*. Estamos seguros de que fue atraído al tema por la honda humanidad del mismo y la consiguiente estridencia de su tratamiento legal en nuestro ordenamiento jurídico y en otros, nos parece que ninguna materia tan ejemplificativa de la injusticia de la condición de la mujer entonces, un maltrato hay que emplear la palabra- de evidente e inexorable repercusión en los hijos menores. Ciertamente que "la real influencia de cada sexo no corresponde al derecho legislado", por lo cual para indagar en profundidad la situación abordada había que ir más allá incluso, no sólo de la doctrina de los juristas, sino también de la de los moralistas, y bucear además en "otras fuentes literarias e históricas", tal el teatro, "espejo de las costumbres", tanto que don Niceto Alcalá-Zamora y Torres pudo tomar un ejemplo de su relación con el derecho como veremos para su discurso de ingreso en la Real Academia Española el año 1932 ⁽⁴⁾.

Además del derecho comparado actual ⁽⁵⁾, Castán examinó en el préterito el de los pueblos primitivos, el hebreo, el romano, el germánico y el musulmán, y en el cristianismo se refirió a la que llama "matria potestad" de la Virgen, a pesar de su reconocimiento de la tradición heredada de la primacía ma-

rital, pero no en menoscabo de la esencial igualdad.

Sin embargo, el derecho español cuando Castán publicó su libro, admitía la patria potestad de la madre como meramente subsidiaria, en defecto de la paterna y para situaciones anómalas. Lo cual no iba sólo contra el Derecho Natural, sino ni más ni menos contra la naturaleza ⁽⁶⁾. De ahí que los tratadistas llegaran a prescindir de su tenor literal, en unos comentarios *de lege lata* que en rigor sólo eran admisibles *de lege ferenda*.

Así Sánchez Román, siguiendo a Benito Gutiérrez, sostenía que ante la investidura de la patria potestad materna por la naturaleza misma, no era concebible su exclusión, y De Diego que la patria potestad se encarnaba en la persona moral del matrimonio, no en uno sólo de los cónyuges. Sin embargo Pérez González y Castán Tobeñas no podían por menos de limitarse a reconocer la índole menos progresista de nuestro cuerpo legal comparado con el BGB alemán, pero teniendo que admitir su vigencia. La cual, Ossorio y Gallardo en sus sugestivas *Cartas a una muchacha sobre temas de derecho civil* enunciaba, como no ser “nada la madre mientras el padre exista”.

El problema cardinal de la institución está en su mismo planteamiento, dicho en otras palabras, en la definición de fondo, el concepto de la patria potestad sin más, ora una autoridad del padre, ora una función tuitiva para el hijo

Una realidad en el derecho tan contraria a la inexorabilidad de los hechos, en la que a la fuerza de alguna manera había de insertarse, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de diciembre de 1909, hizo suya la doctrina expuesta en la causa por el letrado Canalejas, de incumbir a la mujer las relaciones que miraban al interior de la familia, pues desconocerlo sería la negación más absoluta del hecho cierto, positivo y universal de que, fuera de los actos oficiales, el padre y la madre compartían el ejercicio de la patria potestad; para Scaevola “iguales en el ejercicio de algunos derechos y en el cumplimiento de los deberes”.

Muy reveladora de la mentalidad de Castán es su propuesta de conceder competen-



cias en esta materia de patria potestad a los tribunales tutelares de menores y al ministerio fiscal, haciendo suya la noción que de éste expresó Adolfo de Miguel, una magistratura de amparo. Para aquél no era la intervención judicial un ideal en el derecho de familia, aunque a veces fuera la única posible.

De su libro hay que destacar también el extenso abanico de sus citas extrajurídicas, convencido de su índole luminosa para el derecho. Así en la literatura Rabindranath Tagore, Gabriela Mistral y François Mauriac; en la erudición y el ensayo Severo Catalina, Menéndez y Pelayo, Díaz Plaja y Maurice Legendre; en teología, Jean Guittou junto al moralista Ferreres.

Sin embargo, hubo que esperar a la ley de 13 de mayo de 1981 para enmendar con nitidez y seguridad ese orden de cosas, implantando esa patria potestad solidaria que no sólo la sociedad se había anticipado a reconocer a la madre en su esfera decisiva, sino también la doctrina jurídica en cuanto la fue posible ⁽⁷⁾.

Castán, siendo entonces precisamente secretario de la Comisión General de Codificación, comentó la reforma ⁽⁸⁾, valorándola en el aspecto de la igualdad del padre y la madre, pero sin limitarse a ese sino ampliada a toda la institución, ya que a la totalidad había dedicado otro libro, *La patria potestad* ⁽⁹⁾. Para enjuiciarlo es recomendable, como en el anterior, comenzar leyendo el índice, pues de por sí nos da idea, tanto del tratamiento integral que el autor hizo del argumento como de su claridad mental en la ordenación de los temas.

El problema cardinal de la institución está en su mismo planteamiento, dicho en otras palabras, en la definición de fondo, el concepto de la patria potestad sin más, ora una autoridad del padre, ora una función tuitiva para el hijo.

No cabe duda, como expone Díez Picazo, de que en la redacción que el Código Civil tenía desde 1889, “se dibujaba una potestad del padre. Potestad se escribe casi como majestad ⁽¹⁰⁾”. Sin embargo, Castán sostenía, todavía durante la vigencia de ese cuerpo legal, que el nombre de la institución no respondía ya a su contenido. Ello desde luego por haber tenido presente su nomenclatura, como referencia comparativa y punto de partida, la autoridad absoluta formulada en el Derecho Romano. Por otra parte se dio el mismo fenómeno que hemos visto a propósito de la intervención de la madre, una interpretación del derecho de la manera más favorable a la evolución ya en curso en la sociedad, aunque se siguiera prefiriendo por algunos, y hasta hoy, la conservación de la terminología antigua para un concepto nuevo. Al fin y al cabo, más arcaica por vergonzante ante el contenido habría parecido la rúbrica que no prevaleció en el Código francés, “de la autoridad del padre y de la madre”, a la que prefirió ése la equivalente y más reaccionaria, pero más sincera de la *puissance paternelle* ⁽¹¹⁾.

Cierto que ya era viejo el proceso de debilitamiento progresivo de la autoridad paterna, como de la marital, en el que comenzó teniendo una parte inicialmente decisiva la Revolución Francesa mas no nos olvidemos de que hacía ya mucho cuando el Impera-



dor sancionó el Código Civil, que ya se había asumido la conversión de la burguesía revolucionaria en burguesía conservadora ⁽¹²⁾.

Así las cosas, estaba cantada la adhesión de Castán al principio del establecimiento de la patria potestad en beneficio del hijo, piedra angular declarada en la ley reformadora, una opinión bastante común entonces. No fue tanto el consenso en cuanto a la disposición del artículo 154 modificado, de deber ejercerse la patria potestad “de acuerdo con la personalidad del hijo”. Por ejemplo, la criticó inmediatamente Sancho Rebullida, por su posible “inseguridad jurídica, de difícil apreciación y reducción a medidas de derecho concretas y objetivas”. Castán sí se mostró de acuerdo, apelando a la definición de la personalidad en el Diccionario de la Real Academia Española, “diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra; o conjunto de cualidades que constituye a cada persona o sujeto inteligente”, concordante con la valoración positiva de los especialistas en el derecho del menor.

En la plena humanidad de la adopción

Blas Piñar López, que había hecho sobre la adopción su tesis doctoral, disertó en la Academia Matritense del Notariado en torno a *La adopción y sus problemas sociales* ⁽¹³⁾, afirmando que en esa institución afloraban los sentimientos más hondos del hombre en una encrucijada decisiva para configurar la resultante de su paso por la tierra.

Ese sentimiento se iba haciendo común entonces tanto que yo personalmente no he conocido otro, sino ya nada más ese “cambio espectacular a mediados de siglo de la situación de la adopción en el mundo”, y es más, me resulta difícil entender que haya sido predominante el menosprecio de la misma, por no decir su condena, en las generaciones anteriores a la mía, al menos las inmediatas. Sin embargo esa fue la larga realidad, hasta el extremo de haberse salvado su inclusión en el Código Civil sin demasiada holgura. A quienes la acusaban de artificial, Joaquín Costa replicó que entonces sería artificial todo el derecho ⁽¹⁴⁾. Sin embargo fue silenciada en los códigos de Argentina y Chile, y el autor del primero, Vélez Sarsfield, sostuvo que no constituía ningún bien social.

Naturalmente no voy a tratar de desentrañar las causas de esas mentalidades de nuestros antepasados próximos que tan inexplicables y extrañas nos resultan ⁽¹⁵⁾. Se



entiende en cambio plenamente en nuestro tiempo el lamento de Raquel, la esposa de Jacob, a lo largo de sus años de esterilidad, en tanto era fecunda su hermana Lía, con ése también matrimoniada, *da mihi liberos, alioquin moriar*; es el argumento veterotestamentario tan extensa como magistralmente novelado por Thomas Mann en *José [hijo de Raquel] y sus hermanos*.

Castán- y su interés por el tema nos sigue denotando su atracción por las materias de más corte humano-, resume la situación en su *Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España* ⁽¹⁶⁾. De nuestro cuerpo legal recuerda que “la falta de entusiasmo en el legislador se reflejó en una regulación deficiente”. “Híbrida y borrosa, planteando difíciles problemas a la doctrina y a la jurisprudencia”, que dijo Piñar, mientras seguía siendo ése el derecho vigente, tímidamente modificado en 1941 y antes, durante la guerra civil en la zona republicana, en 1937. O sea cuando el mapa de España se estaba llenando de huérfanos.

Un avance fue la reforma de 1958, pero inmediatamente se propugnó “la reforma de la reforma”, pues se había quedado corta y adolecía de imperfecciones subsanables. Así se llegó a la ley de 4 de julio de 1970, algo modificada en 1981.

La doctrina de los tratadistas que comentaron en su día un derecho que ha dejado de ser vigente, tiene un doble interés, de una parte el histórico; de otra, a veces el aprovechamiento de sugerencias hechas entonces y que siguen teniendo el valor de reivindi-

caciones útiles. Piñar en su conferencia se preguntó: “Si se admite un matrimonio *in articulo mortis* o una declaración de paternidad posterior al fallecimiento del padre, ¿por qué no admitir en casos de urgencia el otorgamiento de la escritura de adopción, instruyéndose *a posteriori* el expediente y subordinando la eficacia de aquélla a la resolución que en éste se dicte”. A propósito de ciertos prejuicios en la concesión de adopciones, por ejemplo la llevada a cabo por solteras, Castán comulga con la postura de Francisco Rico Pérez, en pro de valorar *La conducta de las personas en el derecho civil* ⁽¹⁷⁾.

Se congratuló de que tras la nueva redacción del artículo 108 del Código Civil, la adopción haya pasado a ser considerada como una verdadera paternidad a todos los efectos legales, aunque manteniéndose separada de la filiación biológica para evitar confusiones o complicaciones innecesarias ⁽¹⁸⁾. El Instituto Editorial Reus publicó entonces unos “Estudios sobre la adopción”, a los que él colaboró con un trabajo sobre *La edad del adoptado*. No vamos a detenernos en sus detalles ⁽¹⁹⁾, salvo en una cuestión, la que se ocupa y protege muy avanzadamente a los niños abandonados.

Yo confieso no haber tenido conciencia de la magnitud y dolorosa intensidad de su problema hasta conocer la tesis doctoral de la profesora Adela Tarifa, publicada en los dos libros titulados *Marginación, pobreza y mentalidad social en el antiguo régimen: los niños expósitos de Úbeda, 1665-1788*, y *Pobreza y asistencia social en la España moderna: la cofradía de San José y Ni-*

ños *Expósitos de Úbeda, siglos XVII-XVIII* ⁽²⁰⁾. La autora me confesó el sufrimiento que la había causado la investigación, "porque yo también tengo hijos" fueron sus palabras. Ambos libros llevaban sendos prólogos de don Antonio Domínguez Ortiz y don Carlos Álvarez Santaló, que dejan una impronta inesperada, al descubrir hasta donde es posible la correspondencia entre las mentalidades profundas y los acontecimientos visibles. Desde entonces estoy convencido de que ese capítulo de la historia es, con mayúscula, "el Pecado de la sociedad cristiana" ⁽²¹⁾.

Volviendo a nuestra actualidad jurídica, Castán teniendo en cuenta la penosidad de esas situaciones elogió el acortamiento hecho por la nueva ley del plazo de abandono exigido para la adopción, nada más que seis meses, rechazadas las propuestas de elevarlo a dos años. Se había tenido en cuenta "la conveniencia de situar cuanto antes al abandonado en un medio familiar apto y los autorizados criterios científicos sobre este punto" ⁽²²⁾.

En cuanto al prescindimiento de la aquiescencia de los padres del niño, pero no de su audiencia si fueran conocidos o se presentaran, también estaba de acuerdo, por motivos naturales, técnicos y prácticos. Señalaba en cambio la poca precisión del concepto de "abandonado", "por no hacer en general referencia alguna a los sujetos abandonantes, haciendo caso omiso de la finalidad" ⁽²³⁾.

El amor a las "razas ubérrimas" de la otra orilla ⁽²⁴⁾

Se han contrapuesto los Estados Desunidos del Sur a los Estados Unidos del Norte, como un síntoma de la superioridad de éstos. Ello es evidente en el ámbito de los intereses materiales. Pero tomando otra escala de valores, el balance se invertiría, siendo el resultado favorable a la cantada por el Poeta de Nicaragua, *la América católica, la América española, la América fragante de Cristóbal Colón*, dominante en la ebullición espontánea de su vitalidad y la variedad enriquecedora de sus paisajes humanos.

Castán fue un enamorado de aquel mundo ultramarino, tanto al pensar como al sentir. La irradiación de sus amistades allá, de norte a sur, y la holgada hospitalidad prodigada a sus gentes, contaron mucho en su vida.

Pues bien, a la vista de ese conjunto de países independientes, cada uno de régimen político, organización y códigos diferentes, sin olvidar las variantes en el componente étnico, pero sin perder de vista el pasado hispánico común y la permanencia de su legado, manifestado sobre todo en la lengua, Castán se preguntaba si no formarían también una comunidad jurídica, perteneciendo pues sus derechos a la misma familia, denominando de una u otra manera el vínculo aglutinante, algo que podría ser antecedente de alguna unidad el día de mañana.

Para dilucidarlo se fijó en las clasificaciones de los sistemas jurídicos propuestas

por los tratadistas que de la materia se han ocupado, no todos acordes en el puesto de España ⁽²⁵⁾, cuestión previa a la valoración del conjunto iberoamericano. La primera clasificación, del Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París el año 1900, reconoció el grupo francés, al cual estaría adscrito el ámbito hispano ⁽²⁶⁾. Sarfatti, en 1913, redujo los miembros a dos, el anglico y otro que coincide casi con la actual Unión Internacional del Notariado antes llamada Latina, con lo latino subdividido en latino en sentido estricto, germánico y el de los "países orientales de moderna civilización" o sea China y Japón. Es muy interesante a nuestros fines el tratamiento propio que dio al Brasil, por tener éste una doble inspiración latina y germánica. Arminjon, Nolde y Wolff, en 1950 admitieron siete grupos, estando nuestro ámbito también comprendido en el francés ⁽²⁷⁾. Silva Pereira, en 1954, hizo cuatro, uno de ellos el romano-cristiano ⁽²⁸⁾. Poco después Carbonnier incluyó el francés en el continental, siendo los otros dos el angloamericano y los orientales.

Dos españoles reconocieron la sustantividad del sistema ibérico, a saber Solá Cañizares (1954) y Castán Tobeñas en su discurso de apertura de tribunales de 1956.

René David, en su *Tratado de derecho civil comparado* enumeró cinco sistemas, concretamente, además del soviético, el musulmán, el hindú y el chino, el occidental dividido en francés y angloamericano ⁽²⁹⁾. Posteriormente *Les grands systèmes de droit contemporain*, rectificó, eliminando un miembro, con lo cual quedaban reconocidos el romano-germánico, el *common law*, los derechos socialistas, y los filosófico-religiosos. El ámbito ibérico quedaba englobado con los demás de América procedentes del europeo romano-germánico, y David no acabó por reconocerle la originalidad.

Castán Vázquez distinguió, dentro del sistema occidental, el angloamericano y el romanista dividido en latino y germánico y dentro del latino el ibérico, pues "los ordenamientos iberoamericanos son algo más que latinos, ya que el término que se les da frecuentemente de *latino-americanos* indica que, si son latinos, son también americanos, lo que no son el derecho francés ni los demás derechos latinos de Europa. Y las coincidencias que cabe descubrir entre ellos demuestran su próximo parentesco y la personalidad con que se perfilan dentro de la geografía jurídica mundial".





Ese parentesco tendría su raíz en una tradición jurídica común, pues apenas contó en esa esfera el elemento indígena, siendo en cambio por una parte decisiva la índole de trasplante del derecho español que fue el derecho indiano, limitado a la adaptación únicamente cuando las circunstancias de allende impedían su observancia literal, y por otra la labor de las Audiencias de allá. Concordante con ese panorama fue la larga continuidad de la vigencia de leyes españolas después de la independencia, y su influencia en las leyes nuevas, en tanto que se puede señalar el apartamiento que de los derechos europeos hicieron éstas, como la igualdad entre nacionales y extranjeros de la argentina y la chilena.

Castán Vázquez distinguió, dentro del sistema occidental, el angloamericano y el romanista dividido en latino y germánico y dentro del latino el ibérico, pues "los ordenamientos iberoamericanos son algo más que latinos, ya que el término que se les da frecuentemente de latino-americanos indica que, si son latinos, son también americanos, lo que no son el derecho francés ni los demás derechos latinos de Europa"

El 8 de agosto de 1979 Castán abrió en São Paulo las terceras jornadas italo-americanas de derecho comparado tratando de las posibilidades que esa realidad jurídica ofrecía para alguna unificación supranacional del derecho privado, materia luego de un estudio de alcance más amplio ⁽³⁰⁾. Reconocía el envejecimiento de los códigos (Díez Picazo), pero no la superación de la idea codificada, sino la consideración de los mismos como problema (Hernández Gil) y cual dinámicos (García de Enterría). Prefería la revisión parcial de los códigos existentes a su sustitución íntegra, sin perder de vista el comparatismo, y propugnando la claridad en el lenguaje pero manteniendo el tradicional consagrado. No estaba de acuerdo con la unificación del código civil y el mercantil, sino sólo de la parte general de obligaciones, pese a la realidad de dos fenómenos innegables, a saber la generalización de instituciones mercantiles y la comercialización del derecho civil; mas por otra parte el derecho mercantil era



el de la empresa, y ésta penetraba en todo el derecho contemporáneo.

Por esas vías, llegaba al convencimiento de que esa índole de sistema jurídico propio y peculiar del derecho hispánico, proporcionaba la base de una codificación supranacional deseable del derecho privado iberoamericano, salvo en el derecho de familia donde se tropezaría con regulaciones.

El discurso de ingreso de Castán en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación fue pronunciado el 23 de enero de 1984, tratando de *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, o sea reivindicándola como uno de los elementos cooperantes a la formación del fondo común de sus ordenamientos, "una literatura difundida en libros a lo largo de cuatro siglos", importados de la metrópoli pero nutrida también de libros impresos allí, sin excluir los tan manejados de la práctica forense u otras. Recordó la *Recopilación de las leyes de Indias* en 1681 ⁽³¹⁾, y la utilización de las *Partidas* ⁽³²⁾ a veces más difundida que a este lado del Atlántico, surgiendo en el Chile independiente de 1827 la idea de hacer una nueva redacción de las mismas. También destacó la difusión del Derecho Romano, mediante una bibliografía que iba desde Bártolo y Baldo hasta Vinnio y Heinecio- éste era libro de cabecera de Vélez Sarsfield, siendo una adaptación suya las *Instituciones de Derecho Romano* de Andrés Bello ⁽³³⁾. Consta también la circulación de la *Librería de escribanos* de Febrero, saliendo un *Febrero mejicano*, y un *Febrero adicionado* que aun hay abogados que consultan en las bibliotecas de Nueva Orleans ⁽³⁴⁾.

El orador recordó que, llegada la hora de la codificación, no prosperó la idea de implantar directamente códigos franceses ⁽³⁵⁾, pero se concedió predicamento a los autores europeos en boga, junto a los peninsulares y a los criollos de la tradición española, con lo cual se produjo una resultante de bastante originalidad.

Original fue también el detalle de encomendar la redacción de tres de esos códigos personalmente a sendos juristas, el chileno al gramático y poeta venezolano Andrés Bello, el argentino a Vélez Sarsfields y el brasileño a Augusto Teixeira de Freitas, mereciendo el trío en la realidad de las cosas "un puesto de honor entre los grandes juristas del mundo", en la realidad no en el conocimiento de la misma, pues la legislación y la doctrina de allá no se conoce por los juristas europeos ⁽³⁶⁾.

El caso de Bello fue único, un eximio humanista volcado en la redacción de un cuerpo legal y dedicando una etapa entera de su vida al cultivo del derecho, lo que sigue siendo desconocido por muchos de sus lectores ⁽³⁷⁾. La fuente predominante de su Código son las *Partidas*. Su lenguaje es magnífico, y de haberle conocido Stendhal le habría puesto por encima del napoleónico que tanto elogió. Prodigó las definiciones, desconociendo el *definir c'est finir* de los franceses y haciendo frente a la admonición *omnis definitio in iuris civilis periculosa est*.

Una originalidad del Código de Bello fue su tratamiento de los derechos del cónyuge viudo a la sucesión forzosa, la asignación de la llamada porción conyugal, modificada en



una reforma de abril de 1952 estudiada por Castán ⁽³⁸⁾. Esa modificó el carácter de asignación alimenticia *sui generis* que tenía, aunque seguía sin reconocerla ni como herencia ni como legado, equiparaba viudos y viudas, se ocupaba de las consecuencias de la nulidad matrimonial de buena fe, y mantenía la distinción entre la porción íntegra y la complementaria, pues su cuantía dependía de la fortuna del supérstite. En definitiva un reconocimiento, pese a su adaptación a los nuevos tiempos, del mérito de Bello en su día.

Las fuentes de Vélez Sarsfield son muy variadas, como la *Curia philippica* de Hevia Bolaños y uno de los autores de nuestra Ley Hipotecaria José Gómez de la Serna, además del proyecto español de García Goyena. Éste fue el más utilizado por el código mejicano, a pesar del ambiente antiespañol en que se gestó. En el código brasileño contaron las *Ordenaciones filipinas*, del período de nuestros Austrias en el trono portugués. Del Estado de Luisiana, Castán reivindicó las influencias españolas, oscurecidas por la exaltación de las francesas ⁽³⁹⁾.

La enumeración que de todas esas fuentes españolas hizo Castán, sin negar las extranjeras que no fueron materia de su estudio, además de dar de por sí una idea densa de la cuestión, sigue siendo de un aprovechamiento decisivo para los continuadores en detalle de esa investigación ⁽⁴⁰⁾.

Cuestiones significativas

Parece oportuno mencionar los estudios de detalle llevados a cabo por Castán cuan-

do son un síntoma de su mentalidad de humanista y de jurista o sus problemas tienen algún motivo de particular interés. Uno de ellos es *El "favor debitoris" en el derecho español* ⁽⁴¹⁾. Nos fijamos en él por ser una llamada a la equidad, "aplicación benigna y moderada del derecho", expresada en un adagio, género literario éste que fue una especie de derecho común europeo hasta la codificación. Al no haber en el derecho español un reconocimiento general del mismo, ni siquiera en ciertas situaciones propicias a su aplicación, como la índole tácita de la *clausula rebus sic stantibus*, sino sólo manifestaciones singulares, Castán reconoció las dificultades para ascender a él desde éstas, como también ser una regla de valor dudoso, no estar claro que sea la realización de la justicia en el campo de las obligaciones, y tropezar con la enemiga de las codificaciones a las reglas jurídicas de esa índole. Aun así opinaba que su "aplicación jurisprudencial, naturalmente limitada a los casos de duda, no se opondrá a la justicia y constituirá un aspecto más de la humanización del derecho y de su dulcificación por la equidad misma".

Idéntica dulcificación del derecho por la equidad es el fundamento de la negación del abuso del derecho, tanto el objetivo, uso desproporcionado, como el subjetivo, intención de hacer daño, lo cual ha sido, aunque con precedentes, una creación de los civilistas contemporáneos (Laurent, Josserand, José Calvo Sotelo en su tesis doctoral de 1917, Ignacio de Casso), frente al automatismo jurídico del derecho romano, *qui iure suo utitur...*; Vélez Sarsfields, *nunca es ilícito el ejercicio de un derecho*. En España hubo pre-

cedentes de su condena legislativa desde 1923 para los arrendamientos urbanos, y en la jurisprudencia señaló un cambio de rumbo la sentencia de 14 de febrero de 1944 ⁽⁴²⁾.

Siendo vicesecretario general de la Comisión de Codificación, Castán trató de *El abuso del derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil, decreto 1836 de 31 de mayo de 1974* ⁽⁴³⁾. Le parece positiva la inclusión en el cuerpo legal de una norma general sobre la materia, pero no censura el extenso tratamiento de los requisitos y consecuencias. No ve fundada la desconfianza hacia el previsible arbitrio judicial, por ser exigible en la materia un margen de confianza, y no correrse el peligro denunciado por René Rodière, de ser el padre de familia un funcionario de ésta y el empresario un funcionario de la empresa.

Idéntica dulcificación del derecho por la equidad es el fundamento de la negación del abuso del derecho, tanto el objetivo, uso desproporcionado, como el subjetivo, intención de hacer daño, lo cual ha sido, aunque con precedentes, una creación de los civilistas contemporáneos

Otro artículo suyo fue sobre *La sucesión contractual en el derecho español* ⁽⁴⁴⁾. La materia me retrotrae a mis tiempos de opositor. Desde entonces se me quedaron indeleblemente grabadas la noción del heredero como el fundamento de la sucesión encarnando la persona del difunto, y la prohibición de los pactos sobre la herencia de una persona viva por inmorales y peligrosos. El no tener lo bastante en cuenta lo primero en el dictamen fue la desgracia de un compañero de oposiciones, suspendido entonces, pese a su buena puntuación en el primer ejercicio, y renunciante definitivamente después. Sin embargo, en mis tiempos de ejercicio en Aragón, aunque el tema no era exactamente el mismo, comprobé el arraigo en la mentalidad popular del testamento mancomunado, y después de esa estancia la frustración del deseo de hacerlo en el derecho común.

El trabajo de Castán era el cotejo del sistema de éste en la materia contractual con las legislaciones forales más favorables, y con



los resultados de un concurso sobre la materia convocado el año 1900 por la Universidad Central, en el que fueron premiados José Castillejo y Duarte y Enrique García Herberos, sosteniendo el primero que la aplicación contractual a la sucesión ya era un hecho, y el segundo proponiendo un proyecto de su regulación. Sin embargo era irreprochable la sentencia de 29 de octubre de 1960 declarando nula toda partición en la que se produzca una sucesión infranqueable, o se creen contratos o produzcan situaciones impeditivas de la revocabilidad sustancial. El pacto de la concesión de derechos hereditarios al hijo adoptivo, en buena ley no podía esgrimirse en contra.

Castán reconocía que la prohibición colocab a veces a los tribunales ante el dilema de eludirla o destruir situaciones de conciencia. Proponía una revisión prudente de la misma, como la admisión en el derecho común nada más que de los contratos sobre herencias de terceros, y en las compilaciones forales una moderación.

El trabajo de Castán era el cotejo del sistema de éste en la materia contractual con las legislaciones forales más favorables, y con los resultados de un concurso sobre la materia convocado el año 1900 por la Universidad Central, en el que fueron premiados José Castillejo y Duarte y Enrique García Herreros, sosteniendo el primero que la aplicación contractual a la sucesión ya era un hecho, y el segundo proponiendo un proyecto de su regulación

¿Se trata de algo ya carente de actualidad? En una materia tan entroncada en la entraña de la persona y su inquietud por la posteridad, pese al cambio profundo de los tiempos, no nos atrevemos a afirmarlo de manera contundente.

El derecho al secreto de la correspondencia epistolar es tema a cual más sugestivo que Castán también estudió⁽⁴⁵⁾. Yo confieso que una de las atracciones más evocadoras, estimulantes y gratas de mi vida han sido las exposiciones filatélicas, pero no las dedicadas a los sellos en cualquiera de sus aspectos aislados, sino las de la historia postal, el correo, ese transporte de los más variados



sentimientos, pensamientos, relatos, encargos, contenidos de toda índole, un mundo casi extinto hoy, aunque su pervivencia bajo otras formas exija también su consideración por el derecho pero en forma y de consecuencias muy diferentes, que convierten en lejanos precedentes históricos todas las de la etapa anterior sin embargo próxima. Yo he conocido la vigencia en ésta de una especie de aura sacra de que el secreto del correo estaba investido. Recuerdo un detalle revelador, la prohibición a los funcionarios postales de abrir en los edificios donde ejercían su profesión las cartas particulares a ellos dirigidas. Es más, pienso si la ejemplaridad del servicio de correos y sus gentes no se debían a una comunicación tácita de la alteza de su ministerio, no sin algún parentesco con nuestra dación de fe en la etapa de los escribanos, con todas las salvedades que queramos.

Para explicar su protección jurídica se ha recurrido a construcciones tan sofisticadas como ausentes de la realidad e innecesarias. Así a la exclusión de los llamados derechos de la personalidad de la índole de los derechos subjetivos, al abuso del derecho, el pacto presunto, el contrato de confidencia, la donación *sub modo*, la copropiedad entre todos los interesados, la convención tácita entre el remitente y el destinatario, siendo así que bastaba tener en cuenta el derecho a la intimidad y la reserva, y no sólo del primero sino también del segundo, la buena fe y el buen sentido, que son las vías por donde Castán discurre, entrando en juego después toda esa inmensa variedad en las modalidades de la reparación del derecho quebrantado.

El cual naturalmente Castán empieza por delimitar haciéndolo con la noción de carta, no siempre tan fácil de diferenciar, excluidas las abiertas, la correspondencia oficial y las tarjetas postales- aunque las anónimas serían exigentes de un tratamiento diverso-; podrán pues definirse por cartas los "papeles escritos y ordinariamente cerrados que una persona envía a otra para comunicarle alguna cosa". Objeto de derechos de varias personas, no solamente el de la propiedad de la carta como cosa del destinatario, y la propiedad intelectual del remitente sobre su contenido.

Después se ocupa de los distintos ámbitos con su consabida claridad mental, y ese afán clasificatorio heredado que hizo el manual de su padre tan pintiparado para contestar los programas de nuestras oposiciones, a saber las vías civil, penal y disciplinaria; las excepciones voluntarias y legales; la protección del honor, las potestades familiares- la patria potestad entre ellas-, la tutela y las relaciones análogas, la hoy inexistente marital; el conocimiento judicial de la verdad en los pleitos civiles y en las causas criminales; y el interés del Estado si es legítimo, la seguridad de los establecimientos penitenciarios, y el valor público de la correspondencia, así como su extinción.

Se ocupó también Castán de *La interpretación del testamento en el derecho común*⁽⁴⁶⁾. La dificultad del tema participa de esa índole un tanto sacra que en el imaginario colectivo tiene el respeto a la voluntad de los muertos. No cabe duda de que el testador es la ley del testamento, pero según éste, pues si se sale



de él el principio que puede invocarse es su libertad de testar y para revocar lo testado. De ahí la polémica en torno al valor de la alteración de las circunstancias, y su rechazo para darle entrada en la aplicación del testamento si el testador la conoció.

El problema se centrará siempre en la indagación de la voluntad del testador (Castán Tobeñas), pero dentro de su ambiente y su punto de vista (Jordano Barea). Algo de común tiene con la interpretación de las leyes, pero las diferencias son profundas. El testamento es un acto aislado, mientras que la norma se inserta en el ordenamiento jurídico y posee una voluntad inmanente, sin la validez en cambio del recurso a otros elementos ajenos, posible en el testamento pero siempre utilizando los proporcionados por el acto mismo, no más allá de la consideración con esas limitaciones de circunstancias que le sean extrínsecas, y ni siquiera esto lo dan todos por bueno. En cuanto a la interpretación de los contratos, no sólo se distingue de la del testamento en que hay en ellos más de una voluntad, sino que esa pluralidad alcanza un cierto valor objetivo, en tanto que la primacía de lo subjetivo no debe perderse nunca de vista en las últimas voluntades (Castán Tobeñas, Díez Picazo, Jordano).

Otra cuestión está en la *vacatio*, el tiempo que transcurre, a veces muy largo, entre la redacción del testamento y su entrada en vigor. Hay quienes en ese caso estiman lícito descubrir la voluntad presumiblemente últi-

ma del testador. Pero aunque no fuera por la rigurosidad de su forma, siempre habría que tener en cuenta la naturaleza perfecta y acabada del testamento como acto.

En definitiva, en la mente de Castán Vázquez, cuyo artículo abunda en la exposición de las posturas doctrinales y jurisprudenciales, hay que advertir la primacía de lo subjetivo, la *mens testamenti* en la del testador. Indiscutible siempre será la postura del jurista mejicano Rafael de Pina, de requerirse para esa labor hermenéutica mucha experiencia de la vida y conocimiento de los hombres.

El artículo está dedicado a Vallet de Goytisolo, “maestro en derecho de sucesiones”, y hace suya la opinión de Puig Brutau de haber surgido menos problemas interpretativos gracias a la jurisprudencia cauteladora del notario, impediendo de su planteamiento al haber traducido la voluntad de los testadores a los términos de la eficacia jurídica.

La vigencia de los maestros del humanismo

La exposición que hace Castán del pensamiento jurídico de Erasmo y Luis Vives es una prueba sorprendente de la actualidad de éstos, más intensa hoy que en las generaciones inmediatamente anteriores⁽⁴⁷⁾.

Otra cuestión está en la *vacatio*, el tiempo que transcurre, a veces muy largo, entre la redacción del testamento y su entrada en vigor. Hay quienes en ese caso estiman lícito descubrir la voluntad presumiblemente última del testador. Pero aunque no fuera por la rigurosidad de su forma, siempre habría que tener en cuenta la naturaleza perfecta y acabada del testamento como acto

Los dos humanistas coincidieron⁽⁴⁸⁾ en que sólo deben darse leyes nuevas cuando sea necesario, no por un criterio personal del legislador, y no deben ser muchas- poquísimas quería Platón-, y siempre claras. Hay que precaverse del posible desvío- bellaquerías- de sus intérpretes los juristas. Vives recordó que la filosofía es una ayuda para buscar la justicia; antes de cualquier modificación éstos debían conferenciar entre sí, no ante grandes asambleas, y como hay que dejar

a la exégesis lo suyo, el casuismo no debía empeñarse en la exhaustividad.

Vives fue más profuso en la materia⁽⁴⁹⁾ Una de sus definiciones del derecho civil le hace sinónimo de la equidad. Valoraba para su estimación la dignidad de la persona humana, la índole sociable del hombre, y la unidad del linaje humano. El honor debe ser la conducta ajustada a la conciencia, no un atributo social que podía incluso llevar al crimen. La propiedad tiene una dimensión social; el propietario es un administrador, bajo la preferencia del bien común y el consecuente sentido de la responsabilidad, tendente más al socorro de los menos pudientes. La caridad debe ser también una virtud social y política. El comunismo es contrario a la naturaleza.

Su sentido de la jerarquía social le llevó a defender la autoridad marital, pero exigente de los deberes del marido, y el reconocimiento de la labor educadora de ella y su participación en el régimen del hogar. No es favorable a las segundas nupcias, sobre todo de las viudas, por su noción exultante y definitiva del amor. Las transmisiones hereditarias no le entusiasmaban.

Castán podía pues concluir que tanto el pensamiento de Vives como el de Erasmo, en estos tiempos de tan intensa actividad legislativa, habían vuelto a la plena actualidad cuando él escribía. En cuanto a Vives, creía que “por no ser jurista en el estricto sentido de la palabra, y no haberse limitado al estudio de uno o varios derechos positivos, cuando habló de temas jurídicos lo hizo con perspectivas universales y permanentes⁽⁵⁰⁾”

El Derecho en las letras

Leyendo a Castán se advierte que él fue un gran lector y que la lectura fue el aprendizaje de la vasta cultura que ofrece en su literatura jurídica. De ahí su cultivo de la presencia del derecho en la literatura, acaso el preferido de los campos en que se abrió paso su pluma, tanto por temas como por escritores. Así, por una parte, el derecho matrimonial, la quiebra, la insolvencia, la prodigalidad; por otra Cervantes (testamentos en el *Quijote*, matrimonio y divorcio en los *Entremeses*), Ortega y Gasset, Rosalía de Castro, el poema *Martín Fierro*, Gustave Thibon. Aquí nos vamos a ocupar del ensayo que dedicó a ese empleado de notaría que fue uno de los gigantes de la novela en su época áurea, el Ochocientos, y de todo el derecho matrimonial.⁽⁵¹⁾



Honoré de Balzac escribió un retrato de *El Notario*, haciendo parte de una galería de tipos profesionales en tono satírico⁽⁵²⁾. Naturalmente que hay que tener en cuenta ese enfoque al leerle. Así y todo es preciso reconocer que la semblanza resulta demasiado gris, aunque nada de malévolas. “El Notario es un hombre grueso, bajo, de buena pinta, vestido de negro, seguro de sí, casi siempre estirado, doctoral, sobre todo importante”. Es una excepción el notario “alto y delgado” [pues éste] fisiológicamente hablando es absolutamente contrario a ciertos temperamentos”.

Ahora bien, para enjuiciar esta visión, dejada aparte la exageración impuesta por el género, hay que meditar el preámbulo de esa Ley del Ventoso que abrió el Notariado a los nuevos tiempos, salvándole del naufragio de las instituciones del antiguo régimen. Ahí se le elogia precisamente por su renuncia a los oropeles de otros menesteres jurídicos- pensemos en el derecho público-, por su entrega silenciosa y modesta en el despacho a la atención individual y pormenorizada al cliente que en él busca la luz, y la protección a sus sentimientos, deseos y problemas.

Y es esa índole de cierta abnegación la que de alguna manera se manifiesta en los rasgos balzacianos. El mismo Balzac lo pensaba así, al escribir que “precisamente lo que hace al notario grande es lo mismo que le hace pequeño, testigo de tantas perversidades, obligado a permanecer probo, no espectador sino director del teatro del interés, sufridores de las mil combinaciones de éste, haciéndole falta mucha paciencia para volverse insignificante, padeciendo las confidencias interminables de quienes se imaginan que su asunto es el único asunto. Se diría que las comedias y las tragedias que se representan para él solo deberían volverle espiritual, burlón, desafiante, pero únicamente él lo tiene prohibido, obligado a ofrecer a la sociedad la garantía inmensa de su mediocridad. Mas una mediocridad, apostillamos nosotros, que sólo es aparente, y no voy a continuar por lo que desembocaría en un panegírico sospechoso de parcialidad.

Volviendo al artículo de Castán, creemos que basta para hacer luz en el concepto que del Notariado nuestro novelista tenía. Éste estudió Derecho en París, aunque no pasó de obtener el bachillerato en esa Facultad. En lugar de seguir en ella, fue *clerc*, o sea escribiente- *croque-note*?- primero en el



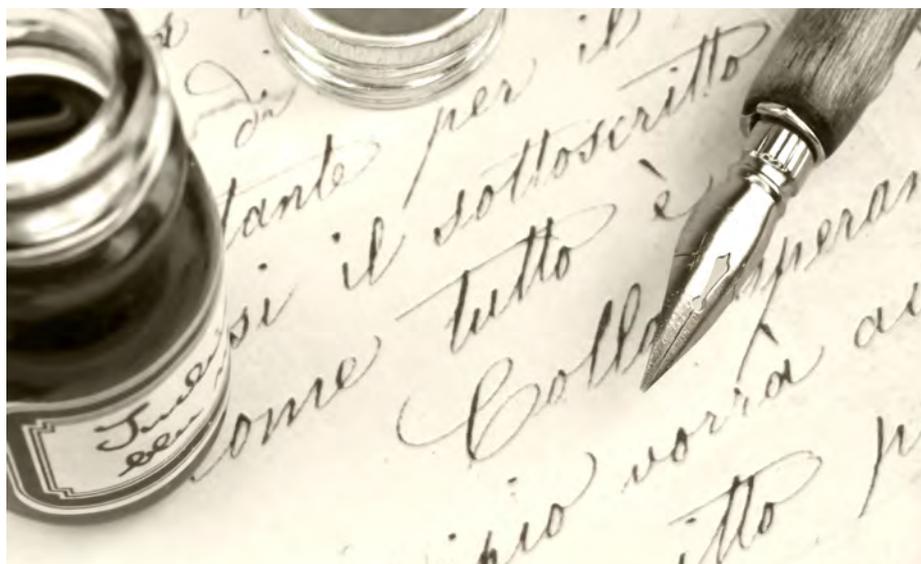
despacho del procurador Jean-Baptiste Guillonnet Merville- sale en *El coronel Chabert*-, después en la notaría de Passez, calle de los Quatre-Fils 9, antes llamada de la Echelle du Temple.

Por lo tanto hubo de adquirir el bastante conocimiento en el oficio y cuantas situaciones. y gentes por él pasaban, como para servirle de cantera a lo largo del resto de su vida de creador realista. Realista, o sea cronista de la realidad en torno, sí, historiador pues en profundidad de su tiempo y país⁽⁵³⁾. Un realismo argumental compatible con el soplo romántico de la época, todavía en la fiebre de la pasión inicial, mucho antes de que contagiase, pues de ello nadie se libraba, incluso a los redactores de la Ley Hipotecaria, como puso de relieve don Pablo Jordán de Urríes en la Academia Matritense del Notariado al conmemorarse su centenario. Es revelador el título de un libro que Castán cita, *Balzac, juriste romantique*⁽⁵⁴⁾, de A. Peytel, revelador en sus dos acotaciones, romántico y jurista, no novelista solamente, sostenedor el autor de que Balzac, jurista a pesar suyo y oficialmente por poco tiempo, lo siguió siendo hasta a su muerte.

Escribe Gabriel Oliver: “Balzac se ve a sí mismo como algo más que un novelista. No va a limitarse a contar historias. Él quiere crear un mundo. No se contenta con transcribir el mundo real; quiere, a partir de ese mundo real, inventar un mundo tan verdadero, tan real como toda su época. Para él, esto es historiarla. No se trata, al hablar de historiar, de la historia oficial, la que normalmente interesa a los historiadores. Él quiere

hacer la otra historia, la historia de las causas, no la de los efectos, que no es más que pura apariencia. Toda la verdad sobre su época, esa es su pretensión. [] Esa voluntad de novelar su época, con la pretensión de historiarla, es decir pretender que sus novelas se conviertan en el futuro en libros de historia, es uno de los fundamentos de su estética y de la concepción de su novela⁽⁵⁵⁾. Fijémonos antes de proseguir si esa aspiración no se traducía en tomar por fuentes los archivos notariales, principiando por los conservados en su memoria, no en el protocolo.

Una característica de esa inmensa serie de novelas que es la *Comedia humana* es la reaparición de los personajes que ya dejaron de serlo de la suya específica en otras posteriores, aunque incidentalmente y como secundarios⁽⁵⁶⁾, *le retour des personnages*, “lo cual no permite que el conjunto de los tipos derive en objeto ilustrativo de diferentes entornos, sino que la realidad aparece en cada novela concreta como un sistema espacial y temporal de consistencia lineal, con una acción descrita a menudo dramáticamente, linealidad épica que, merced al ciclo, es sustituida por una perspectiva múltiple, o sea un modelo dotado de perspectiva en el que la ilusión de realidad de una sociedad humana se consigue estructuralmente por medio de ese retorno, el cual es modificado de novela en novela del ciclo, de acuerdo con la misma perspectiva⁽⁵⁷⁾. Giacomo Prampolini, el conocedor de todas las literaturas, subraya que Balzac “no se encuentra a sí mismo tanto al retratar figuras superiores- como muchas tiernas, damas honorables-, sino que su valentía y su pericia resaltan más cuando se



trata de viajantes de comercio, empleados, pequeños burgueses, campesinos y gentes de provincia, míseros héroes de un defecto o de una manía⁽⁵⁸⁾, sin que le arredre llegar al patetismo o a los recursos de la novela por entregas⁽⁵⁹⁾.

Estando acertado Castán cuando afirma que “su paso por la notaría dejó en él alguna huella, porque si en la Facultad había estudiado el Código Napoleón, en el despacho de maître Passez vio la vida del Derecho, que luego en tantas novelas reflejaría; más aún, vio en primera fila la comedia humana”. Es más, creemos que, así como los escenarios de Galdós son, de una parte los campos de batalla y las antecámaras palaciegas y de otra los pisos burgueses de Madrid y las casas de veraneo en el Norte de España, el de Balzac es la notaría sin más⁽⁶⁰⁾, y pintiparadas las del París de entonces, de “particiones, donaciones, testamentos, notoriedades, obligaciones, poderes, depósitos, constituciones de renta, y contratos de matrimonio, de aprendizaje, de compraventa y de arrendamientos⁽⁶¹⁾”.

La novela fundamental en este ámbito es la que toma de ese mismo el título, *Le contrat de mariage*. Un aristócrata de Burdeos, Paul de Manerville, pide la mano de una parisina arruinada, Natalie Evangélista, cuya madre se ha propuesto apoderarse del patrimonio del pretendiente, lo que acaba consiguiendo. La clave para ello fueron naturalmente las capitulaciones, a las que se dedica una de las tres partes, la segunda, con su discusión entre los dos notarios de las sendas familias, habría sido un episodio en España casi in-

concebible, pero no al otro lado de los Pirineos. Remitimos a su análisis por Castán⁽⁶²⁾.

En *La Rabouilleuse*⁽⁶³⁾ son tres las capitulaciones precisas para que la fortuna del doctor Rouget pase a uno solo de sus nietos, Philippe, un militar bonapartista, suspenso de empleo y a medio sueldo por su negativa a servir a los Borbones. En Eugénie Grandet, llega ésta a un pacto de castidad con su marido, el magistrado Bonfons, con tal de no poner en peligro la intangibilidad del caudal del padre de Eugenia, el *maître-tonnelier* Grandet, acomodado en 1789, luego hecho rico por su boda con la hija de un comerciante y la compra de bienes del clero desamortizados. También cuentan los contratos nupciales en *Les paysans*, y con resultados muy tristes los que suscita el de la Sagrada Escritura en *Le Père Goriot*.

Nos quedamos con el comentario de Castán a la entrevista notarial de Le contrat : “Pocas veces un novelista ha hablado de una profesión con tanto conocimiento y con tanta simpatía hacia los buenos profesionales como Balzac habló del Notariado y de los buenos notarios”. Una visión definitiva

Nos quedamos con el comentario de Castán a la entrevista notarial de *Le contrat*: “Pocas veces un novelista ha hablado de una profesión con tanto conocimiento y con tan-

ta simpatía hacia los buenos profesionales como Balzac habló del Notariado y de los buenos notarios”. Una visión definitiva.

En *El derecho matrimonial a través de la literatura*-la novela y el teatro- es donde Castán exhibe más copiosamente su ordenación mental de la materia jurídica y la vastedad de sus lecturas en busca de su paralelo en la creación imaginativa, de los clásicos a los contemporáneos⁽⁶⁴⁾.

De los contratos previos al matrimonio, trata incluso del corretaje o mediación entre dos personas deseosas de casarse, desconocida pero no prohibida en el derecho europeo. Alude a él Cervantes en *El casamiento engañoso*, y es la trama de una comedia de Gogol, *El casamiento*, donde un aficionado sustituye a la profesional, la casamentera.

A la dote alude como algo natural, Lope en *Peribáñez y el comendador de Ocaña*, y en función de ella se concierta una boda en *Don Gil de las calzas verdes* de Tirso, aludiéndola la reina viuda, doña María, del rey Sancho, en otra pieza de éste, *La prudencia en la mujer*; en *Don Lucas del Cigarral*, de Rojas Zorrilla, recibe el suegro de su administración por el marido. Una dote engañosa sale en *Don Juan* de Torrente Ballester.

A doña María en *La prudencia* se amenaza con sacar a relucir el impedimento de consanguinidad que hubo en su boda, y en *La verdad sospechosa*, de Ruiz de Alarcón, sale el de los votos religiosos. De este mismo en el *Examen de maridos*, donde la falta del consentimiento paterno vincula a la mujer aun después de la muerte del padre, y en *La verdad sospechosa* se ve su necesidad también para los hombres. El abuso de la autoridad paterna se critica por Lope en *El amigo hasta a la muerte*, y la hija se rebela contra él en *Don Lucas del Cigarral*. A una boda concertada por los padres alude Zorrilla en *Don Juan Tenorio*.

La libertad de la mujer se reivindica en un episodio del *Quijote*, el de la pastora Marcela, y triunfa por la generosidad del pretendiente viejo en *El sí de las niñas* de Leandro Fernández de Moratín. En la misma línea liberal está Alfredo de Musset, en *On ne badine pas avec l'amour*, e ironiza con el problema Alejandro Dumas hijo en *Le fils naturel*. En *El rey Lear*, de Shakespeare, el tema es la ingratitud de dos hijas dotadas por el monarca.

Una tentativa abortada del tutor para casarse con su pupila es la trama de *El bar-*

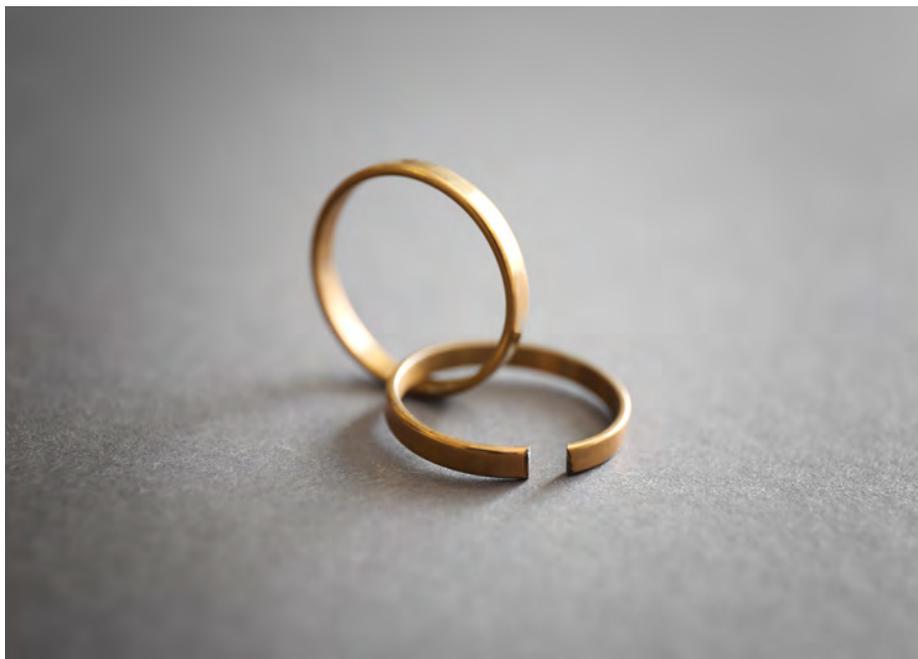


bero de Sevilla, de Beaumarchais, el mismo protagonista, argumento y título de la obra de Sterbini a la que Rossini puso música. El depósito judicial de *La hermana San Sulpicio*, de Palacio Valdés, fue estudiado por el procesalista Alcalá-Zamora y Castillo, cuyo padre, Alcalá-Zamora y Torres, se ocupó del derecho en el teatro de Ruiz de Alarcón en su ingreso académico.

Los requisitos del matrimonio canónico se describen en *El casamiento engañoso* cervantino, mientras en *Los siete infantes de Lara*, de Lope, Mudarra esgrime en Castilla la falta de formalidades en el derecho islámico. Nulo por clandestino fue el matrimonio de *Cyrano de Bergerac* de Edmond Rostand. Un fallido matrimonio por sorpresa es el de *Los novios* de Manzoni ⁽⁶⁵⁾. *In articulo mortis*, aunque fingido, es el de Basilio y Quiteria en las bodas de Camacho del *Quijote*. Por ese fingimiento se anula la boda de la comedia de Arniches *¡Que viene mi marido!*. Matrimonio de conciencia es *El matrimonio secreto* de Giovanni Bertati, al que puso música Cimaraosa. Matrimonio por mandato el de *La viudita naviera* de Pemán. Ruiz de Alarcón no era favorable en general a las bodas morganáticas, como se ve en *Mudarse por mejorarse*.

La libertad de la mujer se reivindica en un episodio del Quijote, el de la pastora Marcela, y triunfa por la generosidad del pretendiente viejo en El sí de las niñas de Leandro Fernández de Moratín. En la misma línea liberal está Alfredo de Musset, en On ne badine pas avec l'amour, e ironiza con el problema Alejandro Dumas hijo en Le fils naturel. En El rey Lear, de Shakespeare, el tema es la ingratitud de dos hijas dotadas por el monarca

Los matrimonios nulos son aludidos en *Los balcones de Madrid*, de Tirso, y nulo fue el del Comendador en el *Don Juan* de Torrente. Divorcios hay en *El conde Lucanor* (por lepra) y en el *Romance del Conde Dirlos* (por ausencia en la guerra). Cuatro sentencias que no dieron lugar a la ruptura del vínculo, pronunció el imaginario *Juez de los divorcios*, amigo de las conciliaciones en el entremés de Cervantes. Un ensayo en defensa del divorcio fue escrito por Dumas



hijo- *La question du divorce* (1880) contra el abate Vidieu- y una novela a él contraria fue la de Paul Bourget (1904), como durante la vigencia de la ley republicana *Anacleto se divorcia* de Muñoz Seca (1932), y en vísperas de la transición, favorable *La piel de limón* de Jaime Salom (1976). La separación de hecho es un drama en *La familia de León Roch*, de Galdós, y festiva por proponerse únicamente la paternidad en *Julietta compra un hijo* de Martínez Sierra y Honorio Maura.

En *La viuda valenciana* elogió Lope el mantenimiento en ese estado, y en *La prudencia* se apostrofaron los intentos nobiliarios de inducir a la reina viuda a un matrimonio durante el llamado *año de dolor*, exigido por el derecho para evitar la *turbatio sanguinis* de la paternidad, plazo que se salta en *El siglo de las luces* de Alejo Carpentier. En cambio se da paso al nuevo amor alegremente por Goldoni en *La viuda astuta* ("scaltra"). En *Una boda extraña*, del norteamericano Nathaniel Hawthorne, se contrae un segundo matrimonio a última hora, tras una penosa espera toda la vida, y el novio se presenta en la iglesia con una mortaja.

El Derecho está muy presente en *El poema del Cid*, tanto que dio materia a Hinojosa para el *Homenaje a Menéndez y Pelayo*: dote, arras o *axuvar*; consentimiento de los padres a través del rey, como forma la *truditino* otorgada por el rey, el divorcio final ⁽⁶⁶⁾.

La dote aparece también en Balzac- *Une fille d'Éve*-, la libertad del consentimiento aunque teniendo en cuenta la posible falta de madurez- *La dernière fée*-, la separación- *La femme abandonnée*, amistosa en *La muse du département*; también en un caso del antes citado padre Goriot.

Un recuerdo indeleble

Yo recuerdo los pocos libros que durante la guerra civil tenía mi padre en el pequeño piso que hubo de improvisar en Madrid, donde la contienda nos sorprendió por casualidad, incomunicados con el otro lado de la sierra donde vivíamos. Uno de ellos era el Castán para Registros de 1926, la primera edición del Instituto Editorial Reus, un grueso volumen solemnizado por la pasta española de la encuadernación, poroso y recio el papel, muy negra la tipografía. Yo era entonces muy niño, pero no mucho después veía en ese libro la sapiencia que era la llave de las oposiciones. Y la sigo viendo en él, al recordar las mías y agradecer en buena parte su resultado, paso a la vocación y el porvenir acuñados en el *nobile officium*, a una edición levemente distinta y de una envoltura menos atractiva y decadente.

Por eso sería una ingratitud no mencionar al cerrar este *excursus* a través de la obra de Castán Vázquez los títulos de las ediciones del Castán Tobeñas actualizados con su colaboración, setenta años desde aquel, una

docena de ediciones, y un número de opo- sitores que se resiste a la expresión en cifras, no por lo excesivo sino porque lo cualitativo no resulta mensurable.

Con ello pongo fin a este tributo inspirado en esas *raisons du coeur que la raison ne comprend pas*. Que, lo dijo el abate Bremond al evocar a los eruditísimos benedictinos de la Congregación de San Mauro, el polvo de las bibliotecas no seca el corazón.

NOTAS

- (1) Castán dedicó su estudio sobre la edad del adoptado al Colegio segoviano de Abogados, mencionando a su decano, Antonio Sanz Gilsanz, y a los demás miembros de su junta, de la cual hacían parte el sucesor de Gabriel J.Cáceres, y Manuel González Herrero, dos generaciones de profunda influencia en la vida local.
- (2) Nos complace citar un trabajo tan interesante como ejemplificativo de la obra de Castán, *Las primeras ediciones privadas del Código Civil* ("Revista de Derecho Notarial=RDN" 89-90; 1975,2; 131-17=Homenaje a don Federico de Castro), que enumera todas las de la primera década, tan numerosas como variadas, una recogida no fácil, pues las hay desconocidas y olvidadas, desde la de "El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales" a cargo de Joaquín Abella (otras revistas que siguieron su camino fueron la "Gaceta Jurídico Universal", la "Revista de Derecho Internacional", la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia (=RGLJ)", la "Gaceta del Notariado"-otra fue del notario Manuel de Bofarull", y el popular "Diccionario de la Administración Española", de Martínez de Alcobilla). Las llamadas "Leyes civiles de España", que luego le contendrían, de León Medina Brusa y Manuel Maraño y Gómez Acebo, ambos también de vena literaria, hicieron parte en su encuadernación de piel negra de la decoración de todos nuestros despachos profesionales. Otras fueron del joven *Mucius Scaevola* (=Pedro Apalategui) y del madurado José-María Manresa; de otra representatividad, las de las populares editoriales Librería Hernando y Librería Fernando Fe. No citamos las olvidadas integralmente, cuya exhumación hay que agradecer a Castán. Plétoa demostrativa de la acogida popular del Código, que dice don Federico de Castro, para Díez Picazo por la aportación doctrinal que implicaba a la función pedagógica de los códigos, y con alguna deuda también de esa continuación del Código en activo, prestando sus buenos servicios, que decía don Federico en 1959. Esta aportación demuestra la escrupulosidad de Castán, su curiosidad intelectual, y el interés de sus no comunes preferencias argumentales.
- (3) *Tendencias actuales sobre algunos problemas de la enseñanza del derecho*, en la "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid" núm.13 (1962) 149-159.
- (4) Aunque con otra salvedad que puso de relieve Gertrudis von le Fort, una poetisa alemana de una profundidad que abre abismos, en su librito *La mujer eterna*, cuya cita inicial por Castán denota el acierto de éste en la elección de sus lecturas. Esa escritora llamó la atención en cuanto al valor de esas otras fuentes extrajurídicas para dilucidar la cuestión, pues había también que tener en cuenta otra circunstancia limitativa, y era que en su ámbito había sido igualmente la voz del hombre la que predominantemente se dejaba oír.
- (5) Es curiosa la noticia de una viajera a Portugal el año 1915, la feminista Carmen de Burgos (en *Mis viajes por Europa*), dominar allí para la prole el apellido de la madre, "costumbre enternecedora que parece conservar el significado de la palabra matrimonio y rendir un homenaje a los desvelos materiales y el respeto que en ese país goza la mujer, guardadora del hogar y educadora de los hijos, mientras los hombres de genio aventurero se lanzan a la conquista".
- (6) A propósito de la contradicción a ésta, Ángel Martínez Sarrión, tratando en la Academia Matritense del Notariado, en 1966, de *La mujer casada y la disposición de sus bienes*, citó un caso de su actuación profesional en el primer pueblo de su destino, en el Pirineo catalán. Llegada la autorización de una escritura positiva otorgada por una *pubilla*, ella echó de menos la licencia marital, a lo cual el notario la observó: "Esta escritura no lleva licencia. Sería un contrasentido y cuando una ley va en contra de la naturaleza no se puede aplicar". Lo mismo pensó el Registrador al inscribirla.
- (7) Que "se esforzó en interpretar dicha concepción de la patria potestad de una forma progresista, de la manera más favorable a la madre"; JOSÉ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *La patria potestad*, en las "Instituciones de Derecho Privado" (dir.Víctor-Manuel Garrido de Palma; Consejo General del Notariado, 2010) "La familia" 1, pp.41-290.
- (8) *La reforma de la patria potestad*, en "Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981" (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1983) 37-60.
- (9) (Ed. "Revista de Derecho Privado"=RDP, 1960).
- (10) *Familia y derecho* (Madrid, 1984) 180.
- (11) Castán estudió *La reforma de la patria potestad en el derecho francés* por la ley de 4 de junio de 1970, ("Anuario de Derecho Civil; =ADC)" 24, 1971, 971-992) la cual sustituyó la expresión por la de *autorité parentale*, una realidad en la nueva ordenación, que suprimió la condición de jefe de la familia del marido, mientras que antes aun hablando de un poder conjunto y de una dirección familiar por los dos cónyuges, estaba próxima al sistema español. Esa reforma total llegaba tras la larga evolución en las mentalidades producida desde la segunda mitad del siglo XIX, diciéndose de una ley de 24 de julio de 1899 que era la carta de los derechos del hijo frente al padre. Castán elogió la "valiente" ley de reforma total y algunos de sus aspectos concretos, como la institucionalización de las relaciones con los abuelos, aunque haciendo las salvedades de haber innovaciones que iban demasiado lejos y ser sus normas de una extensión y complejidad excesivas. Savatier, autor de *La evolución actual del derecho de familia* (libro traducido) opinó haberse ido de una "feliz humanización del derecho de familia a una disolvente claudicación de la disciplina familiar". Mas no nos compete entrar en esta polémica.
- (12) Aunque no hagamos nuestra la opinión de que la manera "injusta y vejatoria de ese cuerpo legal para la mujer se debiera a haber vaciado Napoleón en su articulado sus querellas con Josefina y María Luisa"; J.HOSPITAL RODES, *Cien crónicas forenses* (Barcelona, 1956) 16.
- (13) La conferencia se publicó en los Anales el año 1958.
- (14) Costa tuvo una sola hija, natural, y la adoptó en lugar de reconocerla.
- (15) Cfr. C.OLIVIER, *Adopter un enfant* (París, 1965); C.LAUNAY, M.SOULE y S.VEIL, *L'adoption; données médicales, psychologiques et sociales* (ibid., 1968); P.MARMIER, *Sociologie de l'adoption. Étude de sociologie juridique* (ibid., 1969).
- (16) En "Il diritto del minore alla famiglia" (coord. Leandro Schiapan; Napoles, 1982).
- (17) (Colegio Universitario Domingo de Soto, Segovia; 1957).
- (18) *La mujer adoptante*, "Icade" 9 (1986) 103-115. Se une a la opinión de que debe ser robustecida y ampliada, expuesta por J.ARCE FLÓREZ-VALDÉS, *La reforma de la adopción en las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 y la hipótesis de un nuevo planteamiento legal de la filiación adoptiva*, en la "Documentación jurídica" núms. 33-36 (19,82) 227 -230.
- (19) Así, "que la ley no prevé intervención especial alguna en la escritura de quienes han prestado su consentimiento, asentimiento o audiencia, ni regula la revocación del consentimiento, como lo hacen otras legislaciones, y deja grandes lagunas en la rescisión de la adopción".
- (20) Cfr. VICENTE PÉREZ MOREDA, *La infancia abandonada en España, siglos XVI-XX* (Discurso de ingreso en la Academia de la Historia, 2005).



- (21) A estas alturas de la vida, aún guardo un recuerdo doloroso del primer pueblo de mi destino notarial, Fortuna, en el distrito murciano de Cieza. Fue un religioso a reclutar vocaciones, y se llevó algunos niños. Al poco tiempo fue devuelto uno por ser hijo natural, una circunstancia que apareció al examinarse su documentación.
- (22) "Siempre es mejor ir a un hogar- escribe- que permanecer en un establecimiento de beneficencia aunque sea bueno, y bien lo ha expresado Roger Pruvost al narrar a través de un libro fascinante-*La trempée*; París, 1984- su propia experiencia de ex pupilo del Estado".
- (23) Vuelve a citar a Arce, *En torno a los conceptos de abandonado y de expósito como sujetos de la adopción*; RGLJ, septiembre de 1967.
- (24) Sería mejor sustituir por otro el vocablo "razas", y no creemos que ello hubiera desagradado al mismo poeta. En este contexto no puede ser más inexacto.
- (25) *El sistema jurídico iberoamericano*, "Revista de Estudios Políticos" (1968,1); y *El sistema de derecho privado iberoamericano*, en los "Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas" (Pamplona, 1969) 155-188. Notemos el valor de la elección del tema para un homenaje a su padre (y su posterior reimposición el mismo año en la revista colombiana "Estudios de Derecho" de Medellín).
- (26) Los demás el angloamericano, el germánico, el eslavo y el musulmán.
- (27) Entre ellos el escandinavo, el ruso y el hindú.
- (28) Los demás el soviético, el ánglico y el que llamó filosófico-religioso (=musulmán, hindú y chino).
- (29) En español, 1954.
- (30) *La codificación como un hecho actual*, en los "Estudios de derecho civil. Libro guión homenaje al doctor Luis Moisset de Espanés" (Buenos Aires, 1980)571-584.
- (31) Don Niceto Alcalá-Zamora y Torres escribió en sus *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias* que "la política reflejada en ellas será siempre, por lo que toca al respeto, al favor, al amparo, a la predilección hacia los indios, una de las páginas más avanzadas, igualatorias, tutelares y nobles que se han escrito en la historia jurídica del mundo" (3ª ed., Méjico, 1980) 48; un tomo de sus *Obras Completas* (2002) que publica el Patronato de su nombre en Priego, su pueblo natal, contiene además las *Reflexiones y la Impresión general acerca de las Leyes de Indias*.
- (32) Y de su glosador Gregorio López.
- (33) Castán había tratado de *La difusión del Derecho Romano en Iberoamérica a través de libros españoles*, en el Primer Coloquio italo-mexicano de Derecho Romano (Méjico, 1982).
- (34) También citó Castán la *Ilustración del derecho real en España* del valenciano Juan Sala, y las *Instituciones de derecho real de España* del criollo José-María Álvarez.
- (35) Citó la opinión de Ramiro de Maeztu, de que el afrancesamiento fue también a la otra orilla una herencia española.
- (36) Castán Tobeñas en la clausura del Primer Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal (Madrid, 1955).
- (37) Es curioso que un jurista, el citado Alcalá Zamora, se haya ocupado de Bello, pero del otro aspecto, de sus *Observaciones a la Gramática de la Lengua Castellana* (Patronato cit., 2006; ed. Félix Córdoba Rodríguez).
- (38) *La sucesión forzosa del cónyuge viudo en el derecho chileno*, ADC 19 (1966,3) 829-841. Antes estuvieron vigentes en la materia las *Partidas*.
- (39) Cita a CARLOS FERNÁNDEZ SHAW, *Presencia española en los Estados Unidos* (Madrid, 1972), y J.BARTHE PORCEL, *Las Siete Partidas y el Código Civil del Estado norteamericano de Luisiana*, en los "Anales de la Universidad de Murcia" 21 (1962-1963) 187-197.
- (40) Otro de sus artículos trató de *El reconocimiento de la ley natural en la ley colombiana de 1968 y su reglamento de 1969*, ADC 23 (1970) 141-151; "responde a problemas vivos y representa un esfuerzo ciertamente valeroso para resolverlos en la línea de las legislaciones más progresivas, afrontando el riesgo de ir en algunas cuestiones concretas demasiado lejos".
- (41) ADC 14 (1963) 835-850.
- (42) Siendo ponente Castán Tobeñas; cfr. JUAN BECERRIL y ANTÓN MIRALLES, *Real A.J.L.. Sesión necrológica en honor de su expresidente J.C.T* (Madrid, 1969) 9-10, favorable DÍEZ PICAZO, *Estudios de jurisprudencia civil*, I (2ª ed.; Madrid, s.a.) 174-176.
- (43) (Academia Matritense del Notariado, Estudios I, vol.1 Parte General; ed. RDP y Editoriales de Derecho reunidas), separata s.a., pp.474-531.
- (44) ADC 17 (1964) 367-381.
- (45) ADC, 13 (1960) 3-36. Cita los libros de François Geny, *Des droits sur les lettres missives* (Sirey, París; 1911), y RAMELLA, *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil* (Madrid, 1897); y un apéndice de DE BENITO.
- (46) RDP" LVII (1973-4) 281-308.
- (47) *Las leyes y su reforma según Erasmo y Vives*, en los "Estudios en honor del profesor José Cortés Grau" (Valencia, 1977) 81-93, y *El derecho civil en la obra de Luis Vives*, ADC 11 (1958) 411-433.
- (48) Erasmo, *La institución del príncipe cristiano; Vives, Prelecciones del "Libro de las Leyes" de Cicerón, y De la corrupción del Derecho Civil*.
- (49) *Del socorro de los pobres, Las disciplinas, De la concordia y la discordia en el linaje humano, De la pacificación, La formación de la mujer cristiana, Los deberes del marido, La comunidad de bienes*.
- (50) Citó la opinión de Marañón, según el cual además de su puro valor filosófico, fue el primer intento logrado de una actividad intelectual llena de sentido experimental o mejor experimentalista, y la de Adolfo Muñoz Alonso, de ser impresionante la contemporaneidad de Erasmo en el siglo XX post conciliar.
- (51) *Las capitulaciones matrimoniales en las novelas de Balzac*; RDN núm. 76 (1972,2) e323-361.
- (52) *Français peints par eux-mêmes* (ed.-L.Curmer; París, 1840-1842).
- (53) Asentimos a la opinión de Andrés Amorós, de que "quien quiera conocer detalles sobre la vida cotidiana, saber como vivían realmente el parisino o el madrileño en un determinado momento del siglo XIX, debe acudir a Balzac o a Galdós, más que a los historiadores"; *Introducción a la novela contemporánea* (Salamanca, 1971).
- (54) (París, 1950).
- (55) Balzac, en "Lecciones de literatura universal" (ed.Jordi LLOvet; Barcelona, 1995) 543-555.
- (56) Se dice que lo tomó de Femmore Cooper .
- (57) Hans Blumenberg, citado por Georg Bollenbeck, en "Historia de la literatura Akal. V.La edad burguesa, 1830-1014" (s.l., 1994) 178.
- (58) *Storia universale della letteratura*, IV (Turín, 1950) 798.
- (59) Lo que han hecho todos o casi los grandes maestros, pese a lo menospreciado del género académicamente ignorado.
- (60) Más difícil nos parece concretar el de Dos- toieusqui, absorbida la inmensidad rusa en los abismos de la psique de sus criaturas. En cuanto al de Dickens, es el suyo propio ni más ni menos, de las alas de su sentimentalismo melodioso.
- (61) J.LELIEVRE, *La pratique des contrats de mariage chez les notaires au Châtelet de Paris de 1769 à 1804* (París, 1959)
- (62) El cual demuestra una erudición bibliográfica en la materia extrajurídica nada común entre los juristas enfrentados a retos parejos, comenzando por la edición manejada, la de la "Bibliothèque de la Pléiade", la mejor.
- (63) =Pescadora en el río que ella misma ha revuelto.
- (64) "El Pretor", núm.95 (1977,1) 5-32.
- (65) "Manzoni llevaba el derecho en la sangre, porque era nieto de Beccaria, el célebre penalista, y debía conocer el derecho canónico por sus contactos con eclesiásticos desde que recuperó la fe religiosa".
- (66) De la literatura preclásica trató el citado civilista Batlle.

El TJUE, escultor de derechos de Propiedad Intelectual

Laura Caballero Trenado
Profesora Doctora
Graduada en Derecho
UNIR - Universidad en Internet

Resumen: El sector normativo de la propiedad intelectual ha demostrado flexibilidad y versatilidad ante los numerosos desafíos tecnológicos que se le han presentado. Abundantes son los retos que debe afrontar ante el tsunami tecnológico que se avecina, que a menudo desborda un sector normativo para el que no resulta fácil dar acomodo a cuestiones inherentes a la propiedad intelectual, sobre todo, cuando atañe a derechos de terceros. La apabullante casuística se concentra fundamentalmente en torno a cuestiones relacionadas con el uso de Internet que, espoleado por las nuevas tecnologías, resulta un permanente desafío para el legislador nacional y europeo, que poco puede hacer más allá de establecer unas líneas de base. El alcance de alguno de los derechos en los que impactan el uso intensivo de las nuevas tecnologías está al *albur* de las decisiones judiciales. Y es fundamentalmente el juez europeo el encargado, cincel en mano, de esculpir sus rasgos definitorios. Un ejemplo paradigmático de esta labor hermenéutica es el derecho de comunicación pública, de construcción eminentemente jurisprudencial. En este artículo se rastrea en las principales decisiones del Órgano jurisdiccional europeo en torno a este derecho, al objeto de precisar su delimitación y alcance.

Palabras clave: propiedad intelectual, nuevas tecnologías, comunicación pública, jurisprudencia

Abstract: The IP regulatory sector has demonstrated flexibility and versatility in the face of the many technological challenges it has faced. The challenges it faces are abundant in the face of the looming technological tsunami, which often overwhelms a regulatory sector for which it is not easy to accommodate issues inherent to intellectual property, especially when it concerns the rights of third parties. The overwhelming casuistry is mainly concentrated around issues related to the use of the Internet, which, spurred by new technologies, is a permanent challenge for the

national and European legislator, who can do little beyond establishing baselines. The scope of some of the rights impacted by the intensive use of new technologies is at the mercy of judicial decisions. And it is fundamentally the European judge who is in charge, chisel in hand, of sculpting its defining features. A paradigmatic example of this hermeneutical work is the right of public communication, of eminently jurisprudential construction. This article traces the main decisions of the European Court regarding this right, in order to specify its delimitation and scope.

Key words: intellectual property, new technologies, public communication, jurisprudence

1. Introducción

En su interacción con las nuevas tecnologías, la creación y difusión de contenidos, así como la forma de acceder a éstos y compartirlos resulta un permanente desafío para el sector normativo que se ocupa de la propiedad intelectual, pues ha sido concebido en el universo analógico pero debe adaptarse al entorno digital.

Entre las principales conductas con incidencia en la propiedad intelectual pueden señalarse las siguientes: i) las descargas (*downloading*); ii) las redes *peer-to-peer*; iii) los enlaces (*linking* y *deep linking*), y iv) el *streaming* y, aunque, en principio, estas visualizaciones no deberían comportar contratiempos, hay cuestiones fronterizas.

En este sentido, cuando una de las acciones mencionadas impacta en la propiedad intelectual ajena puede afectar a la comunicación pública, uno de los derechos exclusivos de los autores más importantes.

Puede afirmarse que todas las conductas señaladas encuentran en Internet un campo abonado de derechos inherentes a la propiedad intelectual; sin embargo, en sede de derechos de autor, algunos

de éstos -como es el caso de la comunicación pública- no encuentran fácilmente acomodo, pues a menudo desbordan el marco normativo en que se encuentran regulados, de ahí que resulte imprescindible acudir a la jurisprudencia para encontrar soluciones más allá de su realidad jurídico-positiva.

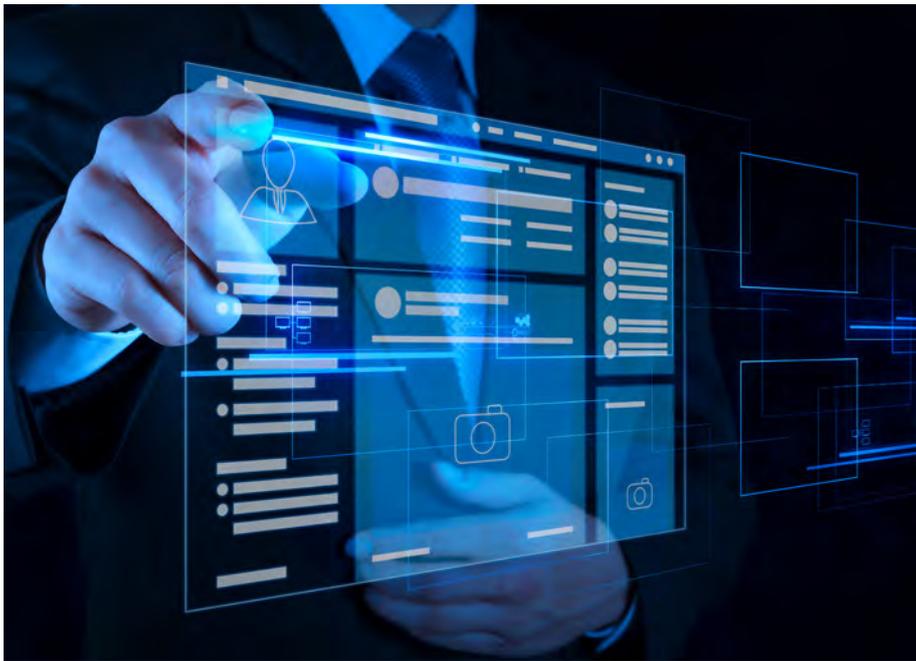
El fenómeno de la digitalización de las redes propició que el legislador europeo armonizase el derecho de comunicación pública a través de la promulgación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Dos décadas después, sin embargo, la sofisticación de la tecnología ha introducido una enorme complejidad a la hora de abordar el alcance del derecho de comunicación pública.

Ahora bien, es preciso señalar que, si bien la casuística es apabullante, la litigiosidad que hay en torno a la incidencia de las conductas con una eventual incidencia en el derecho de comunicación pública es escasa, lo que prueba la robustez del sector normativo de la propiedad intelectual, que ha sabido absorber con naturalidad el envite digital.

No obstante, el elenco de conductas con una eventual incidencia en el derecho de comunicación pública no se agota en las acciones mencionadas, por lo que este derecho precisa constantemente de una revisión.

Dos son -de un total de siete- las recientes resoluciones del Tribunal de Luxemburgo en materia de comunicación pública (SSTJUE, de 9 de marzo de 2021 -C-392/19- y de 18 de noviembre de 2020 -C-147/19-). A continuación, se analizan ambas decisiones, que suponen, como se podrá comprobar, la madurez y consolidación del derecho de comunicación pública.



2. Análisis jurídico-sustantivo y jurídico procesal de las resoluciones C-392/19 y C-147/19

A) C-392/19, de 9 de marzo de 2021

El elenco de conductas con incidencia en la PI no se agota en el mencionado en el apartado anterior.

En este sentido, con ocasión del litigio resuelto en el asunto que nos ocupa, el TJUE se ocupa de dirimir si el *framing* supone (o no) una comunicación al público.

Pero ¿qué es el *framing*? Se trata de una técnica que ha sido traducida como transclusión que consiste en dividir una página de Internet en varios cuadros y en mostrar contenido en uno de ellos, mediante un enlace sobre el que se puede pulsar o un enlace en Internet incorporado. A través de este enlace un usuario puede visualizar contenido en una página web que proviene de otra *site*.

El problema legal aparece porque el usuario ve el contenido del sitio web original, que puede estar protegido por derechos de autor, a través de un cuadro *-frame-* de otro sitio web, con una diferente URL, y posiblemente con diferentes logos y publicidad.

¿Qué condiciones debe tener un contenido específico que se encuentre publicado para que pueda ser considerado

como una comunicación al público? O, por el contrario, ¿qué requisitos debe reunir para enervar la caracterización de “comunicación pública” de la publicación de un enlazado posterior en sitios de terceros?

En fechas recientes el juzgador europeo ha concluido que la inserción de una obra en una página web de un tercero, mediante la técnica del *framing*, constituye un acto de una puesta a disposición de esa obra a un público nuevo.

Origen de la *litis e iter* procesal

De un lado, *SPK* (acrónimo de *Stiftung Preußischer Kulturbesitz*) es una fundación alemana que se encarga de la gestión de la *Deutsche Digitale Bibliothek (DDB)*, una biblioteca digital dedicada a la cultura y al conocimiento que conecta a instituciones culturales y científicas alemanas entre sí. El sitio de Internet de esta biblioteca contiene enlaces que dirigen a los contenidos digitalizados que se almacenan en los portales web de las instituciones participantes. Como escaparate digital la biblioteca digital almacena únicamente miniaturas (*thumbnails*), es decir, versiones de imágenes cuyo tamaño es inferior al original.

De otro, *VG Bild-Kunst* es una entidad de gestión colectiva de derechos de autor del ámbito de las artes visuales que celebra con

SPK un contrato de licencia de uso de su repertorio de obras en forma de miniaturas con la condición de que se incluya una cláusula en virtud de la cual *SPK* se comprometa a aplicar medidas tecnológicas efectivas contra el *framing* por parte de terceros de las miniaturas de aquellas obras protegidas que se muestren en el sitio de Internet de la biblioteca digital.

Al considerar que dicha cláusula contractual no era razonable desde el punto de vista de la normativa aplicable en materia de derechos de autor, la fundación alemana presentó una demanda ante los órganos jurisdiccionales alemanes, con objeto de que se declarara que la entidad de gestión colectiva estaba obligada a conceder la licencia en cuestión sin que estuviera supeditada a la aplicación de medidas destinadas a impedir el *framing*.

En la instancia, la demanda es desestimada y la fundación encargada de la gestión de la biblioteca digital presentó recurso de apelación. En segunda instancia, el Tribunal encargado de sustanciar la apelación revoca la sentencia de primera instancia. La entidad encargada de gestionar derechos de autor decide entonces interponer recurso de casación en el que solicita que se desestime la demanda de *SPK*.

El recurso de casación versa, exclusivamente, sobre si la inserción mediante *framing* en el sitio de Internet de un tercero de una obra disponible, con el consentimiento del titular de los derechos en un sitio de Internet, como el de *DDB*, constituye una comunicación al público de la obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 si se produce eludiendo las medidas de protección contra el *framing* adoptadas por el titular de los derechos o impuestas por este a un licenciatario.

En este sentido, de ser así, los derechos de los miembros de *VG Bild-Kunst* podrían verse afectados y *VG Bild-Kunst* podría condicionar válidamente la concesión de una licencia a *SPK* a que esta se comprometiera, en el contrato de licencia, a aplicar tales medidas de protección.

El órgano jurisdiccional alemán considera que, cuando se insertan por *framing* miniaturas en el sitio de un tercero eludiendo las medidas tecnológicas de protección adoptadas o impuestas por el titular de los derechos, tal inserción constituye una comunicación a un público nuevo.



Dicho de otro modo. De no ser así, el derecho de comunicación al público de una obra en Internet quedaría agotado *de facto*, en contravención del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/29 (1), una vez que dicha obra hubiera sido puesta a libre disposición de todos los internautas en un sitio de Internet con la autorización del titular de los derechos, sin que dicho titular pudiera conservar el control de la explotación económica de su obra y garantizarse una participación adecuada en su utilización con fines económicos.

Remisión de una cuestión prejudicial al TJUE

No obstante, al albergar dudas en cuanto a la respuesta que debe darse a esta cuestión, a la luz de la jurisprudencia del TJUE relativa a la práctica del *framing* y a la libertad de expresión y de información garantizada por el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el contexto digital, jurisprudencia de la que resulta que los hipervínculos contribuyen al buen funcionamiento de Internet y al intercambio de opiniones y de información, el Alto Tribunal alemán decidió suspender el juicio y plantear al TJUE una cuestión prejudicial.

Más allá de la concreta *litis* nacional, si alberga dudas a la hora de interpretar la validez de una norma, el juez nacional puede suspender un proceso y elevar estas dudas ante el TJUE, que es el máximo intérprete del Derecho europeo.

El ejercicio de esta facultad, cuya base jurídica se encuentra en el artículo 267 TFUE y cuya legitimación activa descansa sobre los órganos jurisdiccionales nacionales, se torna preceptiva si se trata de un litigio que recae en la última instancia. Y éste es el caso.

En palabras del propio Tribunal en su *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2011)*:

“los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno están obligados, en principio, a someter al Tribunal de Justicia tales cuestiones, salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia existente) o

cuando la manera correcta de interpretar la norma comunitaria sea de todo punto evidente”.

Ante las dudas que le suscita el objeto del recurso, el órgano *a quo* (el TS) eleva una cuestión prejudicial mediante Auto al órgano *ad quem* (el TJUE), mecanismo a través del que le plantea la siguiente pregunta:

Más allá de la concreta *litis* nacional, si alberga dudas a la hora de interpretar la validez de una norma, el juez nacional puede suspender un proceso y elevar estas dudas ante el TJUE, que es el máximo intérprete del Derecho europeo

¿La inserción mediante *framing* en el sitio web de un tercero de una obra que está disponible en un sitio web de acceso libre con el consentimiento del titular constituye una comunicación al público de la obra, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, si se produce eludiendo las medidas de protección contra el *framing* adoptadas o impuestas por el titular del derecho?

Análisis de la *ratio decidendi* de la Sentencia

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señala que la modificación del tamaño de las obras no incide en la apreciación de la existencia de un acto de comunicación al público, siempre que los elementos originales de esas obras sean perceptibles.

A continuación, el TJUE señala, por una parte, que la técnica del *framing* constituye un acto de comunicación a un público, en la medida en que esa técnica tiene como efecto poner el elemento mostrado a disposición de todos los usuarios potenciales de un sitio de Internet. Por otra parte, recuerda que, dado que la técnica del *framing* utiliza el mismo modo técnico que el ya utilizado para comunicar la obra protegida al público en el sitio de Internet de origen, a saber, el de Internet, esta comunicación no cumple el requisito de un público nuevo y, por consiguiente, no forma parte de una comunicación al público en el sentido de la Directiva 2001/29.

No obstante, el Tribunal de Justicia precisa que esta consideración solo se aplica

en una situación en la que el acceso a las obras de que se trate en el sitio de Internet de origen no esté sujeto a ninguna medida restrictiva. En efecto, en esta situación, el titular de los derechos autorizó desde el principio la comunicación de sus obras al conjunto de los internautas.

En cambio, el TJUE señala que, cuando el titular de los derechos haya establecido o impuesto desde el principio medidas restrictivas relacionadas con la publicación de sus obras, no ha consentido que terceros puedan comunicar libremente sus obras al público. Al contrario, ha querido restringir el público que tiene acceso a sus obras únicamente a los usuarios de un sitio de Internet determinado.

Por consiguiente, el Órgano jurisdiccional europeo considera que, cuando el titular de los derechos de autor ha adoptado o impuesto medidas restrictivas contra el *framing*, la inserción de una obra en una página web de un tercero, mediante la técnica del *framing*, constituye una puesta a disposición de esa obra a un público nuevo. Por lo tanto, esta comunicación al público debe recibir la autorización de los titulares de los derechos afectados.

En efecto, un enfoque contrario equivaldría a consagrar una regla de agotamiento del derecho de comunicación. Esta regla privaría, además, al titular de los derechos de autor de la posibilidad de exigir una compensación adecuada por el uso de su obra. Así pues, ese enfoque sería contrario al justo equilibrio que debe garantizarse, en el entorno digital, entre, por una parte, el interés de los titulares de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor en la protección de su propiedad intelectual y, por otra parte, la protección de los intereses y de los derechos fundamentales de los usuarios de prestaciones protegidas.

Por último, el Órgano Jurisdiccional europeo precisa que el titular de los derechos de autor solo puede limitar su consentimiento al *framing* a través de medidas tecnológicas efectivas. En efecto, a falta de dichas medidas, podría ser difícil comprobar si dicho titular pretendía oponerse al *framing* de sus obras.

B) C-147/19, de 18 de noviembre de 2020

De nuevo, al igual que sucede en el caso del *framing*, el elenco de conductas con in-



cidencia en la PI tampoco no se agota en el mencionado en el apartado anterior.

En este sentido, con ocasión del litigio resuelto en el asunto que nos ocupa, el TJUE se ocupa de dirimir si el *sampling* supone (o no) una comunicación al público.

Con carácter previo, cabe afirmar que el uso de muestras (*samples*) es una práctica extendida en muchos sectores. Por ejemplo, en el sector publicitario el *sampling* es una eficaz y poderosa herramienta que permite a un potencial cliente conocer, a través de una muestra, un producto sin necesidad de realizar inversión alguna.

Pero es el sector musical donde la técnica del *sampling*, a través de la que se incorporan fragmentos parciales de obras preexistentes a una obra musical nueva, alcanza su cénit (sobre todo, en Estados Unidos, la cuna y meca del *sampling*).

La generalización de esta técnica en la industria musical ha originado una abundante casuística que ha dado pie a una jurisprudencia muy relevante pues, espoleado por el *streaming*, el fenómeno de la creación musical tiene una dimensión global.

Como se ha apuntado, el empleo de fonogramas parciales no es exclusivo de la industria musical. De hecho, la incorporación de *samples* en obras audiovisuales es una práctica también muy extendida en el sector audiovisual.

Es precisamente la generalización de la incorporación de *samples* a obras audiovisuales lo que ha generado recientemente controversia.

En concreto, el acto de incorporación de fonogramas a grabaciones audiovisuales por parte de un operador audiovisual ha motivado que dos entidades de gestión colectiva, encargadas de hacer efectivo el derecho de remuneración equitativa y única que corresponde a los artistas e intérpretes que representan, reclamen este derecho.

El derecho exclusivo concreto que genera esta remuneración es la comunicación pública.

Y, la comunicación pública, ¿genera derecho de remuneración equitativa y única en el caso de fonogramas incluidos en grabaciones audiovisuales? Esta es la pregunta a la que se tratará seguidamente de dar respuesta a través del estudio de la reciente

resolución ocasionada a raíz del litigio que enfrenta a dos entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, que reclaman el derecho de remuneración para los titulares que representan, por un lado, con un operador audiovisual, por otro.

Origen de la *litis* e *iter* procesal

A) La controversia se origina en 2010, cuando las entidades de gestión colectiva AGEDI (1) y AIE (2) interponen de forma conjunta una demanda contra la Corporación Atresmedia, S.A. (3) reclamándole una cuantiosa indemnización por actos de comunicación pública que se efectuaron durante varios años.

En esencia, el argumento principal de la parte actora era que el uso que el operador audiovisual hacía de fonogramas que incorporaba a obras audiovisuales que posteriormente se difundían a través de sus canales tenía fines comerciales y, por lo tanto, estos hechos debían considerarse actos de comunicación pública que desencadenan el derecho de “remuneración equitativa” reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual, que se devenga en favor de intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas

En esencia, el argumento principal de la parte actora era que el uso que el operador audiovisual hacía de fonogramas que incorporaba a obras audiovisuales que posteriormente se difundían a través de sus canales tenía fines comerciales y, por lo tanto, estos hechos debían considerarse actos de comunicación pública que desencadenan el derecho de “remuneración equitativa” reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual, que se devenga en favor de intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas.

B) En la instancia, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid desestima las pretensiones de las entidades de gestión con el razonamiento siguiente: “*el discurso sonoro del fonograma musical queda asociado al discurso visual de una secuencia creativa de imágenes dando lugar a la coincidencia estética, ambiental, temporal o rítmica entre sonido e*

imagen, de manera que, al integrarse en un conjunto expresivo mayor representado por la síntesis armónica y singular de la imagen y del sonido, lo que se produce, desde el punto de vista de la obra fijada en el fonograma, es una transformación de ésta que da lugar a una obra derivada”. Por lo tanto, según el órgano juzgador la obra audiovisual absorbe el fonograma, que se desvanece.

C) El fallo de la instancia será recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que resolverá en sentido contrario, tras argumentar que “*las cualidades de los sonidos fijados en el fonograma son objetivamente las mismas antes y después de la sincronización. Ello hace que la fijación sonora que queda en la obra audiovisual después de la sincronización del fonograma no pueda ser considerada, en tanto que simple réplica de los sonidos fijados en el fonograma sincronizado, sino como una reproducción de ese mismo fonograma. Reproducción cuya comunicación pública, al igual que la del fonograma propiamente dicho, genera el derecho de remuneración equitativa*”.

D) Tras ver desestimadas sus pretensiones en la AP de Madrid, que anula el Fallo de la instancia y desestima íntegramente la demanda interpuesta por Atresmedia, la Corporación audiovisual decide interponer ante el TS recurso de casación contra la Sentencia dictada por la precitada AP.

E) El recurso de casación versa, exclusivamente, sobre si la comunicación pública de obras audiovisuales que realiza Atresmedia en sus canales de televisión genera el derecho de remuneración equitativa y única que contemplan en Derecho español los artículos 108, apartado 4, y 116, apartado 2, del TRLPI, los cuales se corresponden en el Derecho de la Unión con el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115. Concretamente, al Alto Tribunal le corresponderá decidir si, una vez que un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de dicho fonograma, ha sido incorporado o “sincronizado” en una grabación audiovisual en la que se encuentra fijada una obra audiovisual, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas interesados pueden exigir esa remuneración equitativa y única. Además, dado que AGEDI y AIE reclaman a Atresmedia una indemnización por la comunicación pública de obras audiovisuales realizada entre el 1 de junio de 2003 y el 31



de diciembre de 2009, ambas Directivas son aplicables *rationae temporis* al litigio principal.

Remisión de una cuestión prejudicial al TJUE

Ante las dudas que le suscita el objeto del recurso, el órgano *a quo* eleva una cuestión prejudicial mediante Auto al órgano *ad quem*, mecanismo a través del que le plantea las siguientes preguntas:

a) El concepto de “reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales” contenido en el art. 8, apartado 2, de las Directivas 92/100 y 2006/115, ¿incluye la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual?.

2) En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, ¿está obligada al pago de la remuneración equitativa y única prevista en el art. 8, apartado 2, de tales Directivas una entidad de radiodifusión televisiva que utilice, para cualquier tipo de comunicación al público, una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual en la que se haya reproducido un fonograma publicado con fines comerciales?.

Análisis de la *ratio decidendi* de la Sentencia

A diferencia de otras resoluciones, la presente Sentencia que se analiza es breve y de lectura ágil.

Cinco son los ejes que vertebran la *ratio decidendi* de esta Resolución. En primer lugar, una búsqueda del concepto de fonograma en la normativa europea. En segundo término, la exposición de parámetros interpretativos. En tercer lugar, una explicación de su postura doctrinal en torno al artículo 8.2 de las Directivas de 1992 y 2006. Seguidamente, la fijación de su posición en relación al carácter obligatorio de la remuneración en el caso de los programas televisivos que tengan la condición de obras audiovisuales. Y, en último lugar, la traslación de la problemática inherente a esta cuestión al plano contractual.

De este modo, tempranamente, en los primeros considerandos el Alto Tribunal europeo centra la cuestión del primer bloque



en la comunicación pública de los fonogramas de las obras audiovisuales.

En este sentido, el TJUE afirma que: “es preciso determinar si una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual debe calificarse como “fonograma” o “reproducción de fonograma” a efectos del art. 8.2” [entiéndase de las Directivas de 1992 y de 2006]. (Co. 31).

Para aquilatar la cuestión, el Órgano Jurisdiccional rastrea en los precitados instrumentos normativos en búsqueda de una definición o remisión expresa del concepto de “fonograma”.

Afirma el TJUE que “ni las Directivas de 1992 y 2006, ni las demás Directivas adoptadas por la Unión en el ámbito de los derechos de autor definen el concepto de ‘fonograma’ o contienen una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance de este concepto” (Co. 32).

Por lo tanto, tras comprobar que estos cuerpos normativos están ayunos de una definición para el concepto de “fonograma”, concluye de forma muy precisa que “fonograma” es, pues, un concepto autónomo de Derecho de la UE, esto es, un concepto cuyo sentido y alcance “debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión” (Co. 33).

Tras constatar la ausencia de remisión alguna tanto en la normativa de derechos de

autor europea como nacional, el TJUE recurre seguidamente a establecer los parámetros interpretativos, el segundo eje vertebrador de los aspectos jurídico-sustantivos inherentes al fondo del asunto.

Para ello, el Tribunal *ad quem* tiene en cuenta dos instrumentos internacionales que contienen estos parámetros: la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

En relación al primero, tras reconocer que este instrumento normativo no forma parte del ordenamiento jurídico de la UE, “produce efectos indirectos en su seno” (Co. 36), tal como se recoge en la doctrina contenida en los considerandos 42 y 50 de la Sentencia de 15 de marzo de 2012.

A tenor del artículo 3, letra b) de la Convención de Roma, el concepto de “fonograma” se define como toda fijación “exclusivamente sonora” de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos. De ello se deduce que no puede incluirse en este concepto una fijación de imágenes y sonidos, ya que esta fijación no puede calificarse de “exclusivamente sonora” (Co.37), de lo que se infiere que quedan descartadas las fijaciones que contienen imágenes.



En lo que al Tratado de la OMPI respecta, que hay que aclarar que sí forma parte del sistema jurídico de la UE, subraya el TJUE que el apdo. segundo de su artículo 2 contiene la siguiente definición: “toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual” (Co. 39).

La Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI contiene una actualización de la definición de fonograma del artículo 3, letra b) de la Convención de Roma, en primer lugar, para añadir una referencia a las “representaciones de sonidos” y, en segundo, para sustituir la expresión “exclusivamente sonora” por: “que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual”.

Al respecto, “en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual, debe considerarse ‘fonograma’” (Co. 40), de lo que el TJUE infiere que “una fijación de sonidos incorporada en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual” no puede considerarse fonograma (Co. 42).

Por lo tanto, el fonograma sólo “pierde su condición de ‘fonograma’ en la medida en

que forme parte de [la obra audiovisual] sin que dicha circunstancia afecte en modo alguno a los derechos sobre ese fonograma en caso de que se utilice con independencia de la obra en cuestión” (Co. 44).

El tercer bloque (Cos. 47 a 52) de la *ratio decidendi* está dedicado a aclarar la posición del Tribunal sobre cómo interpretar el artículo 8.2 de las directivas de 1992 y 2006. Así, para el TJUE: “deben interpretarse en el sentido de que los usuarios no tienen que pagar la remuneración equitativa y única que contemplan ambas disposiciones cuando efectúen una comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas”.

El cuarto eje vertebrador de la Sentencia pivota en torno a la cuestión de los requisitos que dan lugar a la remuneración por el derecho de comunicación pública.

Para el TJUE, “una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no puede calificarse de ‘fonograma’” (Cos. 47, 51 y 52), de lo que se colige que el empleo de fonogramas en programas televisivos que no tengan la condición de obras audiovisuales devengará en la obligación de pago de la remuneración.

Por último, en el quinto bloque de la materia *decidendi* el Tribunal de Luxem-

burgo fija la necesidad de la existencia de un contrato con el fin de que se logre una protección equilibrada de los intereses de los actores involucrados (básicamente, productores, artistas y usuarios).

Y este objetivo, para el TJUE, “[debe] alcanzarse mediante la celebración, con motivo de la incorporación de los fonogramas o las reproducciones de dichos fonogramas en las obras audiovisuales de que se trate, de acuerdos contractuales adecuados entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de las obras, de modo que la remuneración de los derechos afines sobre los fonogramas como consecuencia de la incorporación se realice a través de esos acuerdos contractuales” (Co. 55).

3. Breve exégesis de la comunicación pública a la luz de la configuración jurisprudencial del derecho

En ausencia de normativa específica, el Alto Tribunal europeo ha desarrollado el concepto de comunicación pública a través de distintas resoluciones. En concreto, cinco son los pronunciamientos de mayor trascendencia: Asunto *Svensson*; Caso *GS Media*; Asunto *Filmsteper*; Caso *Vcast Limited*; Asunto *Córdoba*.

Caso *Svensson*

Los Sres. *Svensson* y *Sjögren* y las Sras. *Sahlman* y *Gadd* eran periodistas que redactaban artículos publicados en un diario sueco, que tenía una edición digital de libre acceso a través Internet. Los demandantes reclamaban una indemnización por los perjuicios provocados por la inclusión de enlaces hacia los artículos de prensa sobre los que ostentaban derechos de autor.

El TJUE considera que basta la mera puesta a disposición para que se produzca dicho acto de comunicación, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen esa posibilidad pero concluye que la cuestión no es que todos los enlaces constituyan comunicación pública, sino que no es un acto de comunicación al público a efectos del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 la presentación en una página de Internet de enlaces que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet. Por tanto, la falta de uno de los requisitos no determina la falta de necesi-

dad de autorización sino la inexistencia de dicha comunicación al público.

GS Media

Una editorial (*Sanoma*) dispone de la facultad de publicar unas fotografías, pero una empresa (*GS Media*) puso a disposición de los internautas en una página de Internet este contenido. *Sanoma* requirió a *GS Media* que no difundiera las fotografías, pero ésta hizo caso omiso, por lo que decidió demandarla.

En instancia, el Tribunal estimó parcialmente la demanda, pero la sentencia es recurrida hasta llegar al TS, que suspende el procedimiento y eleva una cuestión prejudicial ante el TJUE, pues duda de si el hecho de colocar en Internet un hipervínculo que remite a obras protegidas disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor constituye una comunicación al público.

El TJUE concluye que los titulares de derechos de autor no pueden impedir que otros terceros enlacen, sin ánimo de lucro, a obras protegidas disponibles libremente en otro sitio de Internet sin autorización. Es necesario que exista ánimo de lucro y que la comunicación se dirija a un público nuevo.

Asunto Filmpeleer

Una asociación holandesa contra la piratería (*Stichting Brein*) decide interponer demanda contra el Sr. *Frederik Wullems* por vender unos reproductores multimedia llamados *Filmpeleer*. Tales aparatos, una vez conectados a internet, permitían reproducir en *streaming* imagen y sonido en una pantalla e incluir hipervínculos que redirigían a webs donde se emitían contenidos protegidos.

El Tribunal holandés suspendió el procedimiento y elevó la cuestión al TJUE.

En esencia, para el Tribunal europeo venta del reproductor comportaba ánimo de lucro y dedujo en consecuencia que tales actos causaban un perjuicio injustificado a los titulares de los derechos de autor.

Caso Vcast Limited

La compañía *VCast* prestaba un servicio de grabación en la nube de programas emitidos en libre acceso por televisiones



italianas (*RTI*) sin consentimiento de sus legítimos titulares. En su página web, los usuarios indicaban el programa o franja horaria que deseaban que se grabase. Dicha copia quedaba a disposición del usuario en un espacio de almacenamiento en la nube. La cuestión consistía en determinar si la actividad de *VCast* se hallaba amparada por la excepción de copia privada.

RTI interpone demanda contra *VCast* pero el Tribunal italiano tiene dudas y decide plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

El Tribunal de Luxemburgo resolvió la cuestión indicando que: “*las transmisiones mencionadas constituyen comunicaciones al público diferentes y cada una de ellas debe recibir, en consecuencia, la autorización de los titulares de los derechos en cuestión*” (párrafo 49) y que “*por tanto, tal servicio de grabación remota no puede acogerse al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29*” (Co. 52).

Asunto Córdoba

La penúltima sentencia del Tribunal europeo sobre comunicación pública constituye la consagración del consentimiento explícito por parte del legítimo depositario de los derechos de autor cada vez que se emplea su material en un sitio en Internet como *conditio sine qua non* para que pueda

soslayarse la satisfacción de su derecho a la comunicación pública. En apretada síntesis, los hechos son los siguientes.

Una alumna de un centro de secundaria de Alemania publica en la página web de la citada institución una fotografía que estaba publicada en un *site* de viajes con el consentimiento de su titular. Este material contenía derechos de autor que pertenecían a su legítimo titular (el Sr. *Renckhoff*), quien, alegando una eventual vulneración de sus derechos de autor, interpone demanda contra el centro de enseñanza.

En instancia, las pretensiones del actor son estimadas parcialmente y el demandado es condenado a retirar la fotografía de la página web y a satisfacer la cantidad de trescientos euros en concepto de daños y perjuicios.

Ambas partes deciden apelar la decisión, pero el Tribunal alemán eleva una cuestión prejudicial ante el TJUE porque tiene dudas acerca de si la puesta a disposición del material en una nueva página web distinta de la primigenia comporta que ésta se dirige a un “público nuevo” y, por lo tanto, que haya o no comunicación pública.

El TJUE ha entendido que, sin perjuicio de las excepciones del artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE, todo acto de reproducción o comunicación al público de una obra, por parte de un tercero, exige el consentimiento



to previo de su autor, pudiendo éste poner fin a dicha explotación. De igual modo, ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público podrá dar lugar al agotamiento del derecho de comunicación pública, toda vez que iría en contra del precepto 3.3 de la Directiva 2001/29 (es decir, el derecho a obtener una compensación por su uso).

Asimismo, para el Órgano jurisdiccional europeo la puesta en línea de una obra protegida por derechos de autor en un sitio de Internet distinto de aquél en el que se efectuó la comunicación primigenia -con la autorización de su legítimo titular-, debe calificarse de puesta a disposición al público de la obra a un público nuevo. Y, por ello, la comunicación de la obra llevada a cabo por la alumna comporta su comunicación a un “público nuevo”, que no había sido tomado en cuenta por su autor cuando autorizó la comunicación inicial.

4. Conclusiones

Subsiste un debate que se residencia en la cuestión de si puede (y se debe) defender la libertad creativa como parte de la evolución del arte que, a su vez, impulsa el desarrollo y el enriquecimiento de la cultura o si, de lo contrario, deben reforzarse y delimitarse los límites en el uso de las obras ajenas, en aras de proteger los derechos de los autores frente al uso de sus obras por parte de terceros.

Del catálogo de los DPI que protegen las creaciones, uno de los más relevantes es la comunicación pública. El TJUE ha desarrollado el concepto de comunicación pública como un derecho exclusivo de autores y otros titulares de derechos conexos a través de distintos casos. Entre otros, Caso *GS Media*; Asunto *Filmspeler*; Caso *Vcast Limited* y, en fechas más recientes, Asunto *Córdoba*.

A raíz de los pronunciamientos sobre los citados asuntos, el Alto Tribunal europeo ha concluido que, si se dan los siguientes elementos, hay comunicación pública: i) que se trate de un acto de comunicación; ii) que incluya una obra protegida al público; iii) que el público sea “nuevo”; iv) que se empleen medios técnicos no previstos; v) que haya conocimiento de la ilicitud de tal inserción, y vi) que exista el ánimo de lucro en la actividad.

Por lo tanto, la opinión del Órgano jurisdiccional europeo ha basculado de criterios

objetivos a subjetivos (por ejemplo, entre otros, el ánimo de lucro o el conocimiento de la ilicitud de una inserción).

No puede hablarse de una línea jurisprudencial unívoca hasta el Caso *Vcast Limited*, en el que el TJUE incluye como notas esenciales de la comunicación pública los conceptos de “público nuevo” y “ánimo de lucro”; de igual modo, no puede hablarse de una jurisprudencia consolidada (dos resoluciones por parte de un mismo órgano jurisdiccional en un sentido análogo) hasta el Asunto *Córdoba*.

Del catálogo de los DPI que protegen las creaciones, uno de los más relevantes es la comunicación pública

La madurez del derecho ha alcanzado el cénit en la resolución de 9 de marzo de 2001 (Caso *VG Bild-Kunst*) pues, a las notas anteriores, el Tribunal luxemburgués añade el requisito de la adopción por parte del titular de derechos de autor de medidas restrictivas contra el *framing* para que pueda generarse el derecho de comunicación al público, al considerar que si se han establecido dichas restricciones, la inserción de una obra en una página web de un tercero, mediante dicha técnica, constituye una puesta a disposición de esa obra a un público nuevo.

Aunque el derecho de comunicación pública está armonizado y cuenta con una jurisprudencia que complementa y delimita su alcance, urge una legislación de *ius cogens* en la que se adopte una doctrina del tipo *fair use*, habida cuenta de la multiplicidad de prácticas que, como el *framing* o *sampling*, pueden constituir una comunicación pública y, por lo tanto, infracciones de derechos de PI.

5. Referencias Legislación

Española

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2011, *Nota informativa sobre el planteamiento*

de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2005/C 143/01).

Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/364/01), de 18 de diciembre de 2000.

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20 de diciembre de 1996.

Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la PI.

Internacional

Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, de 26 de octubre de 1961.

Jurisprudencia

Asunto C-392/19. *VG Bild-Kunst y Stiftung Preußischer Kulturbesitz*. STJUE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2021.

Asunto C-147/19. *Atresmedia (AGEDI y AIE contra Atresmedia)*. STJUE (Sala Quinta), de 18 de noviembre de 2020.

Asunto C-161/17. *Nordrhein-Westfalen contra Renckhoff*. STJUE de 8 de agosto de 2018.

Asunto C-265/16. *VCAST Limited contra R.T.I. S.p.A.* STJUE de 29 de noviembre de 2017.

Asunto C-160/15. *GS Media contra Sanoma Media*. STJUE de 8 de septiembre de 2016.

Asunto C-527/15. *Stichting contra Wullems*. STJUE de 26 de abril de 2017.

Asunto C-466/12. *Svensson y otros contra Retriever Sverige AB*. Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014.

Testamento en caso de epidemia

Alberto Sáenz de Santa María Vierna
 Notario de Cáceres

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. REQUISITOS DE APLICACIÓN
- III. RIESGOS
- IV. "RATIO LEGIS"
- V. HIPÓTESIS DE HECHO
- VI. ANTECEDENTES EN DERECHO ESPAÑOL
- VII. DIFERENCIAS CON EL ARTÍCULO 700
- VIII. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Hay un precepto del Código civil apenas tomado en consideración por la dogmática jurídica, pues su tratamiento en los Manuales de Derecho civil tiene escasa relevancia, carece de artículos y monografías que se ocupen de él en exclusiva, e incluso carece de jurisprudencia propia ⁽¹⁾.

Me refiero al artículo 701 del Código civil, que dispone:

"En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de



Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años".

Sin embargo, la inesperada aparición del COVID-19 (ese tipo de coronavirus que hoy forma parte de nuestra vida diaria de forma omnipresente y con absoluta naturalidad) hace necesario que le prestemos una atención singular y focalizada y eso es lo que vamos a hacer en este pequeño trabajo ⁽²⁾.

II. REQUISITOS DE APLICACIÓN

La sola lectura del precepto y su emplazamiento sistemático ya nos hacen ver que se trata de un tipo de testamento abierto ⁽³⁾ con tres especialidades relativas al Notario, a los testigos y a la forma.

¿Cuáles son estas especialidades?

A) En cuanto al Notario, que no es necesaria su intervención:



El Código civil opta definitivamente por la forma notarial como regla general del testamento abierto en nuestro Derecho:

“El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento...” (artículo 694, 1º).

Disponiendo en el párrafo siguiente que “sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección”. Y esas excepciones son sólo dos: la del artículo 700 (muerte inminente) y la del artículo 701 (epidemia).

Por tanto, el testamento en caso de epidemia no requiere ni la intervención ni la autorización de Notario.

B) En cuanto a los testigos, que sólo se exige la presencia de tres; y basta que sean mayores de dieciséis años.

Es curioso lo que pasa en este tipo testamentario con los testigos ⁽⁴⁾.

En 1889 el testamento común requería la presencia de Notario y de tres testigos (artículo 694). Y el de muerte inminente, cinco, con lo que se cumplía la vieja máxima medieval de que un notario vale por dos testigos

Desde muchos puntos de vista:

Primero:

En 1889 el testamento común requería la presencia de Notario y de tres testigos (artículo 694) ⁽⁵⁾. Y el de muerte inminente, cinco, con lo que se cumplía la vieja máxima medieval de que un notario vale por dos testigos. Sin embargo, el de epidemia no sustituía al notario con un mayor número de testigos, sino que le basta con los mismos tres del tipo común de testamento (pero sin intervención de Notario).

Por el contrario, hoy (desde 1991) el testamento común sólo requiere la intervención de Notario, sin ningún testigo. Y en el de epidemia se mantienen los mismos tres testigos que exigía el tipo común del testamento abierto.

Segundo:

Hoy en día (año 2020) parece que la relación del requisito de edad es muy reducida, pues estando fijada la mayoría de edad en los 18 años, el testamento de epidemia sólo reduce dos años –hasta los 16- la edad precisa para testificar.

En 1889, sin embargo, la mayoría de edad estaba fijada en 23 años ⁽⁶⁾, con lo cual el relajamiento de la edad para el caso de epidemia sí era muy importante, pues alcanzaba nada menos que ¡¡¡ siete años !!!

No cabe duda que había un salto muy importante desde un punto de vista cuantitativo.

Tercero:

Más importante aún era el artículo 700 respecto a las mujeres. En efecto, en 1889 el Código civil no consideraba a las mujeres aptas para testificar testamentos, pues el artículo 681 decía expresamente “No podrán ser testigos en los testamentos: 1º.- las mujeres” ⁽⁷⁾.

Frente a la incapacidad general de las mujeres para ser testigo de los testamentos en general, el artículo 701 decía en su redacción originaria:

“En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones o mujeres” ⁽⁸⁾.

Por tanto, a fines del siglo XIX la epidemia hacía desaparecer la incapacidad femenina para testar y todas las personas (hombres o mujeres) podían ser testigos del tipo del 701.

Como se ve, aquí ya el salto no es cuantitativo, sino en verdad cualitativo.

Y encontraba su fundamento, sin duda, en las dificultades de movilidad personal que las enfermedades infecciosas generan.

Cuarto:

Por último, no deja de ser curioso que para testar el Código civil exija desde 1889 tener 14 años (artículo 663) y, sin embargo, sólo se pueda testificar en testamentos ajenos desde los 16 años (en caso de epidemia) [o desde los 23, en el tipo general].

C) En cuanto a la forma, que este tipo testamentario puede realizarse por escrito privado o en forma verbal.

Eso no resulta del artículo 701, sino del siguiente 702, al disponer:

“En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”.

Por tanto, frente al tipo general del testamento abierto que exige instrumento público ⁽⁹⁾, en caso de epidemia es válido el testamento en escrito privado o incluso sólo verbal ⁽¹⁰⁾. Y no cabe duda de que la verdadera especialidad de este tipo testamentario estriba en la versión puramente oral, ya que el testamento en documento privado es una figura conocida por el Código: recuérdese el testamento ológrafo.

Por tanto, la singularidad más extrema del testamento “epidémico” se produce cuando no consta por escrito sino que es sólo un acto oral. En este caso, todo se reduce a lo expresado verbalmente por el testador a los testigos. En este sentido, el de epidemia es el caso más evidente y rotundo en nuestro Derecho civil de testamento nuncupativo ⁽¹¹⁾, ya que –como se sabe- este calificativo deriva de “nuncupare”, que significa tanto como hablar, expresarse, hacerlo públicamente.

El arquetipo más especial del testamento del artículo 701 se produce, pues, cuando en un territorio asolado por una epidemia, una persona manifiesta su última voluntad verbalmente en presencia tan solo de tres testigos, que incluso pueden no ser mayores de edad, y sin que se refleje nada por escrito en ese preciso momento.

Por tanto, la centralidad del acto testatorio está en la oralidad. Es cierto que luego habrá de volcarse a escrito durante el proceso de adverbación, pero esto es sólo a efectos de fijeza y de determinación exacta. El acto verbal es el que constituye el auténtico testamento; su vertencia por escrito es sólo a efectos probatorios. Y por supuesto, de nada servirá el escrito si se demuestra que el acto oral no existió.

Por eso, en este tipo la suerte final del testamento queda ligada por completo a los avatares de la memoria y la conducta de esos testigos. Lo que nos lleva directamente a tratar el tema de los riesgos.



III. RIESGOS

Esta forma testamentaria presenta algunos riesgos que no pueden ser ocultados.

El primero es la falta total de consejo y asesoramiento jurídico con que otorga su última voluntad el testador.

Puede por ello no respetar legítimas (de hijos, padres o cónyuge); equivocarse en las mejoras (artículos 823 y 972), ignorar reservas (la clásica o la del artículo 811); o violar prohibiciones legales (como las del artículo 1.116, o los 792, 793 y 794); ...

Puede que no perfile ni matice adecuadamente ciertas instituciones con una importante carga jurídica, como es la distinción entre heredero y legatario; o entre nuda propiedad y usufructo ⁽¹²⁾; o entre los legados de eficacia real o puramente obligacional; o entre un usufructo simultáneo o sucesivo, o ciertas facultades de disponer, o cláusulas de reversión... O las sustituciones, ya sea una sustitución vulgar (artículo 774), ya sea una sustitución fideicomisaria (superando, quizá, los límites del artículo 785).

Muchas veces, ni siquiera sabrá el testador cuál es su verdadera voluntad, cosa que sólo se depura y aclara después de inter-

cambiar puntos de vista con un experto en materia sucesoria.

El segundo es la dificultad de plasmar y dar forma concreta a lo manifestado por el testador.

La pura redacción gramatical de lo que el testador quiere tiene también su punto de dificultad. No estamos hablando de "ignorantía" de los testigos (que pueden y normalmente serán legos en Derecho), pero sí al menos de "imperitia".

No es lo mismo escribir una carta al dictado o mantener una conversación coloquial tras una reunión familiar que redactar todo un testamento íntegro. La verdad en el concepto y la propiedad en el lenguaje jurídico no es patrimonio natural de todas las personas

No es lo mismo escribir una carta al dictado o mantener una conversación coloquial tras una reunión familiar que redactar todo un testamento íntegro. La verdad en el concepto y la propiedad en el lenguaje jurídico no es patrimonio natural de todas las personas.

Si la interpretación testamentaria plantea delicadísimos problemas en los testamentos otorgados por escrito ante Notario, imagine el lector los que pueden surgir cuando el testamento tiene sólo existencia oral o verbal y no hay un texto explícito y escrito hasta que se produce la adveración.

Habrà ocasiones en que se podrá ir poco más allá del clásico "... *quiero que todo sea para Juan ...*", como en el célebre testamento ológrafo de <Pazicos de mi vida> ⁽¹³⁾. Porque el testamento epidémico comparte esta dificultad con el testamento ológrafo. Y con el cerrado sin asesoramiento.

El tercero es la dificultad de llevar a ejecución la verdadera última voluntad del testador.

En caso de que el testamento haya sido oral, habrá luego que verter a un escrito concreto todo lo que quiso decir el testador, y en eso pueden ser muchas las circunstancias concurrentes.

Sin ir más lejos, hay que pensar en que cuando llegue el momento de documentar por escrito la última voluntad surjan discrepancias entre los testigos sobre lo que de verdad dijo o quiso decir el testador. O el caso extremo de que los tres testigos "conspiren" contra el testador, retorciendo su voluntad hasta desfigurarla.

En fin: que los riesgos que acechan a este testamento en caso de epidemia son dignos de ser tomados en consideración, pues no son pocos.

IV. "RATIO LEGIS"

Resulta innecesario demostrar (por obvio) que el testamento es un negocio jurídico. Y quizá, uno de los negocios jurídicos de perfil más marcado y singular y con un mayor grado de consolidación y sustantividad en Derecho.

Como tal negocio jurídico, debe reunir los requisitos propios de tal, que se formulan sobre la base de la trilogía "consentimiento, objeto y causa".

Yendo al factor definitorio de la propia identidad, podemos decir con Federico DE CASTRO que en los negocios mortis causa de carácter unilateral (por antonomasia, el testamento) "la causa como tal es la causa



mortis ⁽¹⁴⁾. Es decir: el instrumento jurídico ideado por el Derecho para superar el vacío que genera la finitud de las personas físicas.

Esta es la “causa general” de todo testamento, sea del tipo que sea. Ahora bien, todavía debemos preguntarnos si se puede avanzar más, concretar si cada tipo testamentario tiene una causa especial, propia de su tipo.

Y en efecto, sí. Pues el testamento previsto para los casos de epidemia busca dar cauce al resultado que con él persigue quien hace la declaración negocial (el testador), precisamente en unas circunstancias de salud muy adversas: las propias de una enfermedad infecciosa, contagiosa, devastadora y mortal para muchísimas personas y con el dato “sui generis” de la práctica imposibilidad de movimiento para las personas.

Las personas afectadas por una pandemia están limitadas y confinadas por una enfermedad especialmente mortal y contagiosa y esta circunstancia hace que deba existir un tipo de testamento que dé cauce a esa situación límite. Esa es la “causa general” del testamento en tiempo de epidemia.

Por tanto, la razón *jurídica* que justifica este testamento especial no está sólo en la enfermedad epidémica en sí misma, no. Está en ella y en la imposibilidad y/o dificultad de movilidad y desplazamiento que la situación conlleva, si no es afrontando un riesgo importante para la vida de las personas.

Es por tanto la conjunción de estos dos factores: <enfermedad infecciosa> y <movilidad peligrosa>, la que justifica crear y mantener un tipo como el testamento del artículo 701.

Vista esta “ratio legis”, inmediatamente surge otra cuestión: ¿Puede extenderse este tipo testamentario a otras hipótesis?

A mi entender, la respuesta afirmativa es perfectamente factible por varias vías:

1) Los antecedentes históricos y legislativos a que se refiere el artículo 3,1 del Código civil.

Nacido el Código civil del Anteproyecto de 1882-1888, es perfectamente atendible acudir a los términos de éste, que en su artículo 698 hablaba de “*epidemia o de otra calamidad pública*”. Por tanto, estas otras ca-



lamidades públicas también posibilitarían la aplicación del artículo 701.

Insistiendo en lo que acabamos de decir sobre la “ratio legis”, ese mismo artículo del Anteproyecto hablaba de “poblaciones o sitios incomunicados”, lo que confirma nuestra opinión sobre la movilidad peligrosa como componente estructural del artículo 701.

2) La interpretación conjunta y sistemática del Ordenamiento jurídico español.

El artículo 701 del Código civil sigue teniendo la misma redacción que en 1889, al ser publicado. Y sin embargo, el Ordenamiento jurídico español ha cambiado radicalmente y ha multiplicado su tamaño en forma exponencial desde entonces.

Por tanto, el artículo 701 debe ser integrado e interpretado con arreglo a este Ordenamiento enorme en el que hoy se integra, comenzando por la Constitución española de 1978 y su legislación de desarrollo.

Entre otras, es digna de tomar en consideración la Ley de 1-junio-1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, que son tres situaciones que pueden hacer perfectamente aplicable el artículo 701 en determinados lugares o territorios, durante un determinado periodo.

3) La analogía que admite el artículo 4,1 del Código civil.

Creo que hay algunas hipótesis que presentan “identidad de razón” con el acto de testar en caso de epidemia y que justificarían una aplicación analógica del artículo 701. Son todos ellos supuestos perfectamente concebibles en el mundo moderno y que han tenido presencia viva en muchos lugares del mundo, de los que hemos tenido noticia a través de los medios de comunicación.

A modo de ejemplo, pueden ser citados aquí fenómenos que provoquen devastación extrema y generalizada en ciertos lugares, islas o territorios concretos. Y que pueden ser debidos tanto a fenómenos naturales como a situaciones creadas por el hombre: terremotos, maremotos, explosiones volcánicas, tsunamis...; fugas de gases tóxicos, explosión de centrales, riesgos químicos o nucleares, armas bacteriológicas descontroladas...

V. HIPÓTESIS DE HECHO

El propio Código contrae la aplicabilidad de este precepto al caso de “epidemia”, es decir, a ese tipo de “enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas”⁽¹⁵⁾.



Si es aplicable al caso de epidemia, por definición es aplicable igualmente a los de "pandemia" ⁽¹⁶⁾ y "endemia" ⁽¹⁷⁾, pues ambas no son sino tipos especiales de la primera.

Vistas las cosas desde la óptica de los países desarrollados del mundo occidental, parece que hablar de "epidemia" es hablar del pasado, algo superado e impropio de nuestro modernísimo siglo XXI. Casi es hablar de hipótesis imposibles o de películas apocalípticas.

Un jurista tan inteligente como CÁMARA ha dicho que esta figura "resulta en cierto modo obsoleta" ⁽¹⁸⁾. Y otro tan perspicaz como LACRUZ ha dicho que "se trata de un suceso frecuente en otros siglos: hoy, en nuestro país, sólo una catástrofe inmensa podría desencadenar una epidemia con la intensidad y duración que parece requerir la ley" ⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, tanto el pasado como el presente desmienten estas opiniones de autores tan destacados.

El pasado lejano es todo un catálogo, un verdadero muestrario de esas palabras tan rotundas y sonoras como impactantes: lepra, peste, dengue, cólera, malaria... Veamos muy brevemente.

La peste negra acabó en el siglo XIV con casi un tercio de la población europea de entonces; el tifus diezmó los ejércitos europeos en los siglos XV y XVI; la viruela mató millones de nativos a partir del Descubrimiento de América; el paludismo lleva matando cantidades ingentes de personas desde la Edad Media (Carlos I falleció en Yuste por la picadura de la hembra del mosquito anopheles); la peste bubónica mató a casi la mitad de los habitantes de la Provenza francesa en el siglo XVIII; etcétera...

Pero el pasado cercano tampoco se queda atrás: una vez publicado el Código civil (y por tanto vigente el artículo 701), apareció la célebre "gripe española" de 1918-1919, que sí era gripe, pero que no era española. Ella sola mató alrededor de 50 millones de personas en esos dos años y desapareció por sí misma, sin que se descubriera ningún tipo de vacuna frente a ella. Y de nuevo en 1.957 se sufrió una llamada "gripe asiática", que mereció la calificación de pandemia.

Y si por presente entendemos no sólo el día de hoy, sino las últimas decenas de años vividos, podemos mencionar el VIH (sida), nacido en los años 80 del siglo XX, con más de 20 millones de muertos y sin vacuna curadora; la gripe A y la gripe aviaria (ambas ya en el siglo XXI). Y todos los lectores recordarán el temor con que se vivió el posi-

ble desarrollo del ébola hace tan sólo unos años.

Y dentro del género de los coronavirus, tenemos en 2002 el SARS-CoV (síndrome respiratorio agudo severo), en 2012 el MERS-CoV (Síndrome respiratorio de Oriente Medio), el SARS-CoV-2 y finalmente, el causante de la epidemia-pandemia actual conocido ya como COVID-19. En el momento de escribir estas líneas, el COVID-19 ha contagiado e infectado a 10.000.000 de personas y ha matado a 500.000, aunque se estima que si no se hubiera puesto en práctica el confinamiento masivo y extremo que se ha decretado en casi todo el mundo, podría haber matado ya a 40 millones de personas.

En suma: la Humanidad no puede dar por olvidadas o superadas las epidemias, como este año 2020 se ha encargado de demostrar trágicamente. Y por ello es conveniente conservar y mantener formas especiales de testar para tiempos epidémicos.

Hay una cuestión recurrentemente planteada por los autores, la de si debe ser oficialmente declarada la epidemia.

Estiman necesario que la epidemia esté declarada autores como VALVERDE, OSSORIO MORALES, PUIG BRUTAU, GONZÁLEZ PORRAS, GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO o RIVAS MARTÍNEZ.

Sin embargo, no lo creen necesario MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, LACRUZ-SANCHO, BALLESTER GINER, CASTRO LUCINI, CÁMARA ÁLVAREZ, Rodrigo BERCOVITZ o PEÑA LÓPEZ.

Los que exigen la declaración oficial de epidemia se apoyan especialmente en la necesidad de conocer la vigencia del brote epidémico y cuándo concluye éste, para posibilitar el cómputo del plazo de caducidad que fija el artículo 703 a partir del momento en que "ha cesado la epidemia"

Los que exigen la declaración oficial de epidemia se apoyan especialmente en la necesidad de conocer la vigencia del brote epidémico y cuándo concluye éste, para posibilitar el cómputo del plazo de caduci-



dad que fija el artículo 703 a partir del momento en que “ha cesado la epidemia”.

Sin embargo, para nosotros esto no es importante, pues prescindiendo de cuándo esté declarado el comienzo y fin de la epidemia, el “dies a quo” para el cómputo de ese plazo de caducidad será precisamente el día mismo en que se otorgó el testamento epidémico, pues en ese día “cesó la epidemia” para ese testador. Como se demuestra en el caso de que fallezca el otorgante a las pocas horas de testar de esa forma especial (aunque la epidemia se prolongue aún durante meses).

Lo importante a nuestro juicio, pues, es que la epidemia exista como hecho cierto y públicamente notorio, conocido del común de los habitantes de la zona afectada y, por supuesto, de las autoridades sanitarias.

Piénsese –por ejemplo– que exigir declaración formal del estado de epidemia (con un comienzo y fin precisos) puede dar lugar a una contradicción insuperable: entender que el artículo 701 no resulta aplicable a la epidemia del coronavirus que todavía estamos viviendo al tiempo de escribir estas líneas, ya que el Gobierno de España no ha utilizado la fórmula sacramental de “declarar oficialmente la epidemia”, sino que lo que ha declarado es “el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”⁽²⁰⁾, pero ni ha declarado un “caso de epidemia” ni ha declarado un “estado de epidemia”.

[Aunque evidentemente el trasfondo del estado de alarma es el señalado en el artículo 4, b) de la Ley de 1 de junio de 1.981, que habla de “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”].

Agarrarse al “nominalismo” es siempre malo, pues va en contra de la interpretación “finalista” de las normas jurídicas, que es la que debe primar de conformidad con el artículo 3, “in fine” de nuestro Código civil.

VI. ANTECEDENTES EN DERECHO ESPAÑOL

Prescindiendo de los antecedentes romanos del “testamentum tempore pestis”⁽²¹⁾, la doctrina española actual es unánime en que los antecedentes de este tipo testamentario del Código civil se encuentran en



el Proyecto de 1.851 y en el Anteproyecto de 1882-1888. Así lo estiman CASTÁN TOBEÑAS, RIVAS MARTÍNEZ, GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, ...

Para la civilística española, pues, este tipo especial aparece “ex novo” con nuestro Código civil en 1.889, ya que antes no existía esta figura.

Sin embargo, creo que esa afirmación permite alguna matización. Matización que podemos examinar en tres momentos:

a) Edad Media y Edad Moderna:

Es cierto que hasta el siglo XIX no existió un “tipo testamentario específico” para caso de epidemia. Sin embargo, sí existía con anterioridad la posibilidad de dar cauce a los casos de epidemia a través de alguno de los “tipos generales”.

Para ello, conviene recordar cuántos eran los tipos de testamentos abiertos que nuestro Derecho admitía.

Recordemos que el Ordenamiento de Alcalá de 1348, a la vez que puso en vigor Las Partidas, introdujo algunos sustanciales cambios en ellas, eliminando los excesos del Derecho Romano. En concreto, en materia de testamentos abiertos, admitió tres tipos de ellos:

“... Si alguno ordenare su testamento, ó otra su postrimera voluntad en qualquier manera con Escrivano público, deben y ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos vecinos del lugar dó se fiçiere; e si lo fiçiere sin Escrivano público, sean y cinco a lo menos vecinos, según dicho es, si fuere lugar do los pudiese aver; e si fuere tal lugar dó non puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, é sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntad”⁽²²⁾.

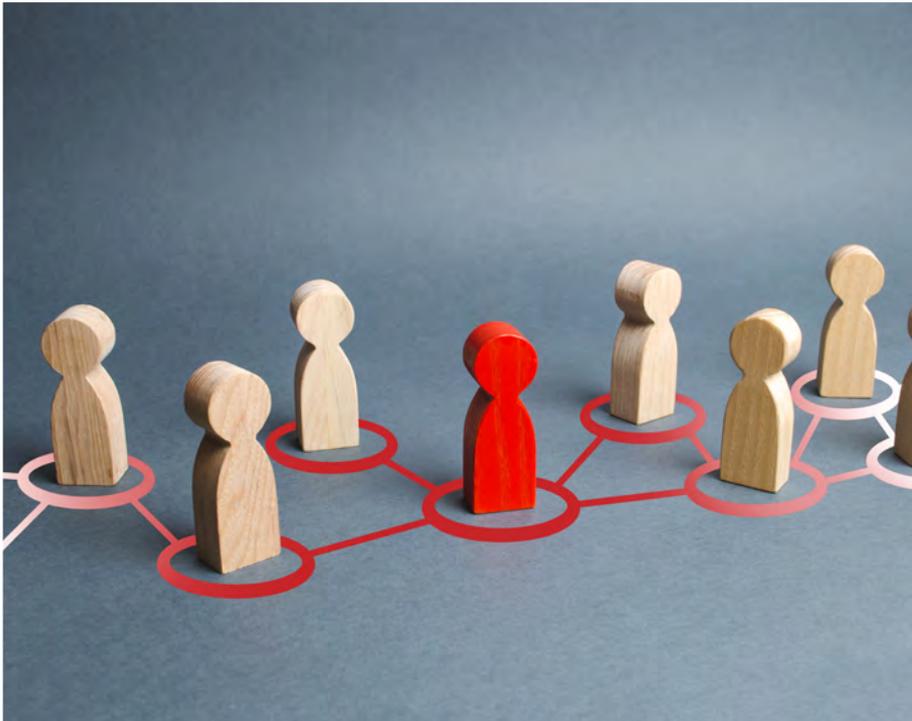
[Ordenamiento de Alcalá, ley única del Título XIX]

A estos tres añadió Felipe II un cuarto tipo de testamento abierto, por Pragmática sanción dictada en Madrid en 1566:

“... Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vezinos ni passe ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vezinos del lugar adonde se hiziere el testamento”⁽²³⁾.

[Nueva Recopilación, 5, 4, ley 1]

Siendo esto así, resulta que en ese largo periodo de más de 300 años que va de 1.566 a 1.889, hay cuatro tipos de testamento abierto en nuestro Derecho:



Primer tipo	Notario y 3 testigos vecinos
Segundo tipo	Sin Notario y con 5 testigos vecinos (si fuere lugar donde los pudiere haber)
Tercer tipo	Sin Notario y con 3 testigos vecinos (si fuere lugar donde no los pudiere haber)
Cuarto tipo	Sin Notario y con 7 testigos no vecinos (aunque pudiere haber Notario y vecinos).

Como resume acertadamente CASTÁN, “hasta la publicación del Código civil estuvieron en vigor estas cuatro indicadas formas del testamento nuncupativo o abierto”⁽²⁴⁾.

Pues bien: el segundo tipo se usaba preferentemente para los casos de enfermedad

grave (de todo tipo, pero también para los casos de muerte inminente). Y el tercer tipo es mencionado por los autores como aplicable -entre otros casos- al caso de peste.

Así lo deduzco yo de la que se puede considerar doctrina común y generalizada desde el año 1.769 y hasta la aprobación del Código civil: “El Febrero”. Como es sabido, esta obra [en sus diferentes etapas de “Febrero”, “Febrero reformado”, “Febrero adicionado” y “Febrero novísimo”] reinó durante los cien años anteriores a la publicación del Código civil, siendo con razón calificado como “el primer Tratado de Derecho Civil Español”⁽²⁵⁾.

Y así, respecto al que hemos llamado segundo tipo testamentario, propone Febrero un modelo de testamento que literalmente redacta en estos términos:

“... considerando que según la crítica situación en que estaba constituido, moriría abintestato: por evitar que esto sucediese, mediante no haber escribano en esta Villa, dio orden a un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella... y a su presencia ...”⁽²⁶⁾

Y respecto al tercer tipo testamentario, analiza Febrero el asunto diciendo:

“Tres circunstancias deben concurrir precisa, indispensable y copulativamente ... La

primera, que todos los testigos no solo oigan hablar, sino que a un propio tiempo aunque sea en el de peste vean al testador ...”⁽²⁷⁾

Más claro todavía lo dice Pedro NOLASCO⁽²⁸⁾ en 1785, en fechas también muy cercanas al “Febrero” que hemos transcrito: “Aunque parece que en el testamento hecho en tiempo de peste, atendida la necesidad del caso, debía disimularse á efecto de su validación algún defecto de solemnidad en lo respectivo á el número de los testigos, sin embargo no lo permite la generalidad con que se explica nuestra Ley tercera de Toro, sin exceptuar aquella clase de disposición”.

Añadiendo en Nota a pie de página que “La validación del testamento hecho en tiempo de peste, con menos solemnidad de la que previene la Ley en toda disposición, se halla recomendada de muchos y clásicos Autores y aun el Señor Cresp. de Valdaur refiere en la observación 100 cierto exemplar ejecutoriado en el Real y Supremo Consejo”.

Como se ve, en el siglo XVIII (y también en el XIX) estaba muy extendida entre los autores la opinión y la necesidad de dar cauce a una cierta relajación en las formas testamentarias para el caso de peste

Como se ve, en el siglo XVIII (y también en el XIX) estaba muy extendida entre los autores la opinión y la necesidad de dar cauce a una cierta relajación en las formas testamentarias para el caso de peste.

b) El proceso codificador:

Esa posible relajación en las formas para el caso de epidemia fue acogida por el Proyecto de 1851 en su artículo 572⁽²⁹⁾, exigiendo que el testamento se otorgara ante 3 testigos o ante escribano y 2 testigos.

Pero este Proyecto de 1851 todavía no da sustantividad plena e independencia al testamento epidémico, ya que lo regula en un segundo párrafo del artículo 572, aplicándole miméticamente la regulación que el primer párrafo destina al caso de peligro de muerte inminente.

Será el Anteproyecto de 1882-1888 el que en definitiva dé carta de naturaleza in-



dependiente al testamento epidémico, ya que este Anteproyecto destina el artículo 697 al testamento en peligro de muerte y otro distinto -el 698- al caso de epidemia.

No sólo destina distintos artículos a los dos tipos, sino que –además- establece diferentes requisitos, exigiendo menores formalidades en el caso de epidemia. Dice en concreto el artículo 698:

“En las poblaciones o sitios incomunicados por razón de epidemia o de otra calamidad pública, aunque el testador no se halle enfermo, podrá otorgarse testamento ante Notario y dos testigos idóneos, y a falta de Notario, sin necesidad de justificarla, ante el Juez municipal o el Cura de la parroquia y los mismos dos testigos, o ante tres testigos idóneos, sin estos funcionarios”.⁽³⁰⁾

De las tres posibilidades que ofrece el precepto del Anteproyecto (Notario y 2 testigos; Juez o Cura y 2 testigos; y sólo 3 testigos), ésta última es la que acabará llegando al texto definitivo del Código civil.

Y aquí se encuentra también el origen del requisito de los 16 años para los testigos, pues el Anteproyecto menciona entre sus fuentes el Código civil italiano de 1865, cuyo artículo 789 dice que en estos casos “pueden ser testigos las personas de uno u otro sexo, siempre que sean mayores de dieciséis años”.

Como se ve, es el Anteproyecto de 1882-1888 (y no el Proyecto de 1851) el verdadero antecedente del artículo 701 del Código civil vigente.

c) El Código civil:

Toda esta inquietud por crear un tipo especial para el caso de epidemia se acaba convirtiendo en texto legal cuando llega al Código civil, a través y gracias al Proyecto de 1882-1888.

Porque, en efecto, si descartamos el cuarto tipo creado por Felipe II (“ante siete testigos no vecinos”) que el Código civil quiso expresamente rechazar, resulta que éste acogió tres tipos de testamento abierto, uno general (“ius comune”) para todo tipo de testadores; y dos específicos (“ius singulare”) para cubrir y atender las circunstancias especialísimas que se producen en casos límite:



Tipo general	<u>Ante Notario y 3 testigos</u> ⁽³¹⁾
Caso especial	<u>Sin Notario y con 5 testigos</u> (sólo para caso de peligro de muerte inminente).
Caso especial	<u>Sin Notario y con 3 testigos, que pueden tener 16 años</u> (sólo para caso de epidemia).

Este segundo tipo especial es, por tanto, el que finalmente acogió y recibió esa “communis opinio” de los autores para el caso de peste/epidemia. Y los dos casos especiales fueron acogidos –creo- siguiendo el criterio de “facilitar la expresión de las últimas voluntades” marcado por la Base 15 de las de la Ley de Bases para la aprobación del Código civil. Esta decía:

“El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos de la Comisión general de codificación reu-nida

en pleno; ... y con arreglo a ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo; ... ordenando y metodizando lo existente, y completándolo con cuanto tienda a asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades”.

Estos tipos que hemos reflejado en el Cuadro anterior son precisamente los mismos tres tipos de testamento abierto que siguen vigentes hoy día (artículos 694, 700 y 701).

Por tanto, puede concluirse que, en cuanto al testamento abierto, el Código civil eliminó definitivamente el cuarto tipo de testamento de los existentes desde el siglo XVI, manteniendo los otros tres: el primero, con fuerza y valor de tipo general común; y el segundo y tercero, para su aplicación a dos casos muy concretos (muerte inminente y epidemia).

Sin olvidar tampoco –en conclusión- que estos dos últimos tipos toman su factura y configuración esencial de ciertas formas comunes del testamento abierto, perfectamente previstas en nuestro Derecho histórico con anterioridad a los Proyectos del Código civil.



VII. DIFERENCIAS CON EL ARTÍCULO 700

Es característico del testamento en caso de epidemia ser objeto de un tratamiento conjunto con el testamento en caso de muerte inminente.

No es sólo porque ambos sean artículos consecutivos en el Código, sino -sobre todo- porque son los dos únicos casos de posibles testamentos verbales de nuestro Derecho.

Es cierto que también son orales los tipos de los artículos 720⁽³²⁾ y 731⁽³³⁾, pero en realidad éstos no son sino <subtipos del testamento en peligro inminente de muerte>, cualificados por unas circunstancias en que el peligro no solo es "inminente", sino "inherente": una acción de guerra o un naufragio.

Resumiendo: en verdad hay sólo dos tipos de testamentos verbales: el de caso de muerte inminente (sea el tipo general del 700, o los subtipos de los 720 y 731) y el de caso de epidemia (artículo 701).

Lo cierto es que los dos casos de estos artículos 700 y 701 son analizados frecuentemente como un lote único, como un "pack". Todavía más: los autores sue-

len extenderse con una cierta amplitud en el análisis del artículo 700 y cuando deben analizar el 701, "llegan cansados". De manera que acaban afirmando que el 701 es como el 700, sin más especialidad que en lugar de 5 sólo se exigen 3 testigos y, además, que pueden tener tan sólo 16 años.

Este planteamiento infravalora el tipo del 701 frente al 700, lo que hace que el caso de epidemia no siempre sea analizado y estudiado en sus circunstancias específicas y teniendo en cuenta su propia "ratio legis", distinta de la del artículo 700⁽³⁴⁾.

En efecto, el testamento del 700 encuentra su razón jurídica o "principio activo" en las circunstancias personales del testador: la inminencia de su muerte⁽³⁵⁾.

Sin embargo, el caso del 701 tiene su razón jurídica o "leitmotiv" en las circunstancias colectivas del país, región o territorio: una enfermedad contagiosa y letal, devastadora para la población.

Por eso el primer caso exige más requisitos en cuanto a testigos que el segundo (5 frente a 3; y la edad), ya que en caso de epidemia/pandemia/endemia lo más delicado es la dificultad de movimientos, circulación y reunión de las personas.

Podría decirse, pues, que el troquel jurídico del testamento del artículo 700 es distinto del troquel jurídico del testamento del artículo 701.

Y eso nos conduce finalmente -además a la última y más importante diferencia entre los tipos del 700 y del 701: el papel jugado en ellos por la no presencia del Notario.

En efecto, en ambos casos basta un cierto número de testigos y no se necesita Notario. Pero con diferente relevancia, ya que en el artículo 700 la ausencia de notario es condicionada y en el 701 esta ausencia es absoluta.

Lo explico: En caso de epidemia, la doctrina entiende (y también nosotros) que la no presencia del notario es de esencia y sin necesidad de justificación. Como dice LACRUZ⁽³⁶⁾, "la dispensa de la intervención notarial es absoluta". Es decir: ni siquiera hay que haber intentado la búsqueda de un notario, pues su no presencia es estructural en este tipo testamentario.

Y ello obedece no sólo a las extraordinarias dificultades del testador para acudir a la Notaría con mayor o menor rapidez por razón de la epidemia/pandemia, sino también -y sobre todo- a la casi segura imposibilidad del Notario de desplazarse hasta donde se halle el testador, por razón del peligro de contagio que ocasiona esa misma epidemia/pandemia.

En caso de muerte inminente sin embargo, el Código y la Jurisprudencia que lo interpreta consideran necesario haber intentado otorgar un testamento común ante Notario. Porque si al enfermo no le es posible desplazarse por su estado, al Notario sí le será posible desplazarse -sin riesgos- hasta donde se halle el enfermo en peligro de muerte.

Por eso, sólo ante la imposibilidad de hallar Notario y de que éste se desplace, es cuando se puede otorgar el tipo especial del testamento ante cinco testigos. Por tanto, tiene que haberse intentado la presencia del Notario y que ésta no haya resultado factible.

Así lo viene afirmando la Jurisprudencia desde los primeros tiempos de vigencia del Código civil. Y por no mencionar más que algunas de tiempos relativamente

recientes, pueden mencionarse las sentencias del TS de 19-diciembre-1959, 3-noviembre-1962, 2-junio -1977 y 22-marzo-1983 ⁽³⁷⁾.

Resulta particularmente importante en este punto la STS 27-junio-2000 (Ponente: Almagro Nosete) ⁽³⁸⁾ por resolver un caso extremo, con una extravagante e incomprensible conducta límite por parte de un notario. Nada mejor que recoger los términos literales de la sentencia, que recogen estos hechos probados:

*“...el día 14 de abril de 1993, en la habitación de un Hospital de Burgos, se personó en compañía de su empleada el Notario de la ciudad de Burgos D. José María Gómez-Oliveros Sánchez de Rivera, previamente requerido al efecto, para autorizar el testamento de D^a *, a la sazón internada en el referido Centro sanitario. Ante el estado físico de la testadora (que falleció el día 16 del mismo mes y año) el Notario, que pidió la presencia de personal sanitario, manifiesta, presentes todos, que no cabe otorgar testamento abierto pero sí testamento en inminente peligro de muerte, y acto seguido procede a tomar nota de las estimadas como declaraciones de voluntad de la testadora en presencia de cinco testigos, integrados por él mismo y su empleada y los componentes del equipo sanitario (dos médicos y una ATS)”.*

[Fundamento de Derecho PRIMERO].

Con razón concluye el Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho SEGUNDO que “no puede menos que extrañar la conducta, fuera de sus responsabilidades legales, adoptada por el notario ⁽³⁹⁾ que se niega a autorizar el testamento abierto que corresponde y que con la asistencia de cuatro testigos y de él mismo en función de testigo (lo que denota con toda claridad su presencia), aconseja la sustitución de una forma de testar por otra, al margen de una interpretación pacíficamente consolidada del artículo 700 del Código civil”.

VIII. CONCLUSIÓN

Podría pensarse que esta epidemia global del coronavirus, que está causando estragos enormes en la población española, debiera conducir a una utilización masiva



de la forma testamentaria especial prevista en este artículo 701.

La verdad es que esto todavía no lo sabemos; y no lo sabremos exactamente hasta que termine la epidemia y haya transcurrido algún tiempo más. Pero en este momento sí podemos intuir que el uso de esta forma de testar se producirá escasamente en sitios aislados, en lugares alejados de núcleos urbanos, en pedanías que carezcan de notario cercano, o al hilo de concretas circunstancias muy singulares (hospitales desbordados, falta de atención sanitaria, lugares de difícil acceso...). Lo que sí sabemos seguro -y de ello se puede dar fe- es que la pandemia está aumentando de modo muy notable el otorgamiento de testamentos abiertos ante Notario, como forma común y universal del testamento. Sin temor a error, puede calcularse el incremento de los testamentos abiertos en más de un 50 %.

Paradójicamente, pues, la epidemia no está aumentando los testamentos “epidémicos” sino los testamentos notariales. Sin duda, eso es un motivo de orgullo para el Notariado, porque demuestra la confianza que la población tiene depositada en la figura del Notario, incluso en tiempos especialmente difíciles.

NOTAS

- (1) No se puede considerar jurisprudencia al artículo 701 la STS de 10-julio-1944 (Ponente, CASTÁN TOBEÑAS), pues precisamente consideró no aplicable este precepto a un caso de testamento otorgado por una persona presa en la cárcel, durante la guerra civil.
- (2) A mi juicio personal, tres son los Manuales de Derecho civil que han hecho un tratamiento más completo y acertado del testamento regulado en el artículo 701 del Código civil:
 - OSSORIO MORALES, Juan: “Manual de Sucesión Testada”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.957, páginas 94-103.
 - CASTÁN TOBEÑAS, José “Derecho Civil Español, común y foral”, Derecho de Sucesiones, tomo VI, volumen segundo, 7ª edición revisada y puesta al día por José Batista Montero-Ríos y José M^a Castán Vázquez y con la colaboración en la parte de sucesión forzosa de Juan Vallet de Goytisolo, Reus S.A., Madrid, 1.973, páginas 124-126.
 - RIVAS MARTÍNEZ, Juan José “Derecho de Sucesiones, común y foral”, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2.005, páginas 394-399. Existe una monografía, pero no es sólo sobre el testamento de este artículo 701, sino de todos los que el autor llama “testamentos especiales”: GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, Eduardo “Testamentos especiales”, EDESA,, Madrid, 1.996.Al tipo testamentario previsto en nuestro artículo 701 dedica este libro las páginas 75 a 80. Y es sólo uno de los trece tipos



testamentarios de que se ocupa.

Tras la aparición, expansión y multiplicación del coronavirus en este año 2020, son de citar dos breves trabajos jurídicos sobre este artículo de nuestro Código civil:

- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier: "La rabiosa actualidad del testamento en caso de epidemia", El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 90, marzo-abril 2020, páginas 30-34.

- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, Alberto: "Testamento en tiempos de epidemia", Diario EL MUNDO, martes 24 de marzo de 2020, páginas 20 y 21.

- (3) Sin duda se trata de un testamento abierto, ya que el artículo forma parte del Capítulo relativo a los Testamentos, en concreto de la Sección 5ª, que lleva por título "Del Testamento abierto".
- (4) No debe dejar de tenerse en cuenta lo que disponía el artículo 685,2 del Código desde su origen: "Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario, en los casos de los artículos 700 y 701". Desde la reforma de 1991 estas obligaciones se han incrementado, pues hoy este párrafo dice: "En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad".
- (5) "El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador y de los cuales uno, a lo menos, sepa y pueda escribir". Véase LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo y MELÓN INFANTE, Carlos: "CÓDIGO CIVIL. Versión crítica del texto y Estudio preliminar", Prólogo de Federico De Castro y Bravo, Obra galardonado con el "Premio del Colegio Notarial de Madrid", Apéndice al <Tratado práctico y crítico de Derecho Civil>, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.967, página 234.
- (6) LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo y MELÓN INFANTE, Carlos: "CÓDIGO CIVIL. Versión crítica del texto y Estudio preliminar", obra citada en la nota anterior, página 152.
- (7) LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo y MELÓN INFANTE, Carlos: "CÓDIGO CIVIL. Versión crítica del texto y Estudio preliminar", obra citada en nota 5, página 231. Exactamente decía "No podrán ser testigos en los testamentos: 1º Las mujeres, salvo lo dispuesto en el artículo 701".
- (8) LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo y MELÓN INFANTE, Carlos: "CÓDIGO CIVIL. Versión crítica del texto y Estudio preliminar", obra citada en nota 5, página 236.
- (9) Sepuededecirqueexige"consustancialmente" instrumento público, pues no es concebible

una actuación notarial puramente verbal y que no conste documentalmente.

- (10) Son las dos formas que nuestra doctrina histórica llama testamentos "en cédula ante testigos" o "hechos de palabra". FEBRERO, José: "Librería de Escribanos" (Edición facsímil), siete tomos, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.990, tomo primero, páginas 220 y 275.
- (11) Sobre esta figura dice GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO, Faustino ("Diccionario de Derecho Romano", 3ª edición, REUS, S.A., Madrid, 1982, página 665) que es una "forma de testamento oral, que sustituye en sus formalidades al testamento escrito *per aes et libram* ... y consistente en la expresión verbal por el testador de su voluntad ante cinco testigos rogados (con posterioridad siete)".
- (12) Si el testamento dijera "... *todo para mi mujer y mis hijos* ..." ¿debería entenderse como una atribución de propiedad conjunta pro indiviso para todos o como un usufructo universal para la primera y nuda propiedad para los hijos?
Si el testamento dijera "... *dejo los muebles a* ..." ¿se refiere sólo a los enseres que sirven para decorar una casa o a todo lo que no sean bienes inmuebles en los términos del artículo 333 del Código civil?
- (13) Como es sabido, la STS de 8-junio-1918 declaró verdadero testamento ológrafo el siguiente texto epistolar: "Peñafiel, a 24 de octubre de 1915. Pazicos de mi vida, en esta primera carta de novios va mi testamento. Todo para ti, todo, para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde".
- (14) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: "El Negocio Jurídico", <Tratado práctico y crítico de Derecho Civil>, volumen X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.971, página 195. Añadiendo que, dada la función ordenadora que tiene el testamento, cabe que sirva de causa y dé así especial carácter a cada una de las respectivas disposiciones testamentarias.
- (15) Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Su segunda acepción resulta en lo sustancial coincidente, aunque no lo contrae al mundo de la salud: "mal o daño que se expande de forma intensa e indiscriminada".
- (16) "Enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región" (Diccionario de la RAE).
- (17) "Enfermedad que reina habitualmente, o en épocas fijas, en un país o comarca" (Diccionario de la RAE).
- (18) DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel: "Compendio de Derecho Sucesorio", La Ley, Madrid, 1990, página 84.

- (19) LACRUZ BERDEJO – SANCHO REBULLIDA: "Derecho de Sucesiones", Librería Bosch, Barcelona, 1981, página 226.
- (20) Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE número 67 del sábado, 14 de marzo de 2020), que se apoya en la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Y la enorme legislación dictada en desarrollo del mismo durante la vigencia del estado de alarma.
- (21) Forma especial de testamento en el Derecho justinianeo, autorizado en tiempo de epidemia, que no hacía necesario la presencia simultánea de los testigos requeridos, sino que éstos podían testimoniar sucesivamente (GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO, Faustino: "Diccionario de Derecho Romano", 3ª edición, REUS, S.A., Madrid, 1982, página 667).
- (22) "EL ORDENAMIENTO DE LEYES que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho", por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1774. Edición facsímil, Editorial Lex Nova, S.A., un volumen, Valladolid, 1983, página 32.
- (23) "RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DESTOS REYNOS, hecha por mandado de la Magestad Cathólica del Rey don Felipe Segundo, nuestro señor", por Diego Díaz de la Carrera, tres tomos, Madrid, 1640. Edición facsímil, Editorial Lex Nova, S.A., tres volúmenes, Valladolid, 1982, volumen segundo, página 7.
- (24) CASTÁN TOBEÑAS, José: "Derecho Civil Español, común y foral", Derecho de Sucesiones, tomo VI, volumen segundo, 7ª edición revisada y puesta al día por José Batista Montero-Ríos y José Mª Castán Vázquez y con la colaboración de Juan Vallet de Goytisolo, Reus S.A., Madrid, 1.973, página 83.
- (25) La frase es de quien tiene conocimientos exhaustivos y autoridad reconocida para formularla, como es el Notario y Académico de la RAJYL Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS: "Don José Febrero en la literatura notarial española", dentro del volumen <Bicentenario de la muerte de D. José Febrero>, Acto de homenaje y Catálogo de la Exposición Bibliográfica, Consejo General del Notariado, Madrid, 1991, página 133. En el mismo volumen puede verse también la "Semblanza biográfica de José Febrero" contenida en la Presentación de Antonio PÉREZ SANZ.
- (26) FEBRERO, Josef: "Librería de Escribanos é Instrucción jurídica teórico práctica de Principiantes", dos partes en siete volúmenes, En la Imprenta de D. Pedro Marín, Madrid, 1789-1790. Edición facsímil, siete tomos, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.990, tomo primero, página 275.



- (27) FEBRERO, Josef: "Librería de Escribanos" (Edición facsímil), Consejo General del Notariado, Madrid, 1.990, tomo primero, página 179.
- (28) NOLASCO DE LLANO, Pedro: "Compendio de los Comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro, escrito por el Licenciado D. Pedro Nolasco de Llano, En la Imprenta de Joseph Delgado, Madrid, 1785., 394 páginas. Edición facsímil realizada por Editorial Lex Nova, Valladolid, 1981, página 24.
- (29) "El que se hallarse en peligro inminente por efecto de un ataque o accidente repentino, que haga temer la muerte sin testamento, podrá otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, o ante dos con escribano, pero en ambos casos quedará ineficaz el testamento desde que el testador hubiere salido de la enfermedad o el peligro.
La misma facultad se concede al que se encuentre en una población incomunicada por razón de peste u otra enfermedad contagiosa".
Véase GARCÍA GOYENA, Florencio: "Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español", Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una Nota preliminar del profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, página 311.
- (30) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: "El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888), Centenario de la Ley del Notariado, Fuentes y Bibliografía, volumen I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965, páginas 205-206. Véase también LASSO GAITE, Juan Francisco: "Crónica de la Codificación española", 4 – Codificación civil (Génesis e Historia del Código), 2 volúmenes, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.
- (31) Desde 1991 fueron suprimidos los testigos. Por tanto, se otorga sólo ante Notario.
- (32) "Durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos".
- (33) "Si hubiera peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el artículo 720".
- (34) Hay artículos monográficos que según su título debieran ocuparse de los artículos 700 y 701 del Código civil y, sin embargo, sólo tratan el caso del testamento en peligro de muerte inminente. Al menos pueden ser mencionados estos dos:
- LEÓN ALOSO, José R.: "Pervivencia de la forma nuncupativa, unidad de acto y testamento como documento y como negocio. Unas reflexiones en torno a los artículos 700-704 del Código civil", Revista de Derecho Notarial, número 125-126, julio-diciembre 1984, páginas 173-207.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: "Testamentos y pretestamentos", Revista Jurídica del Notariado, número 69, enero-marzo 2009, páginas 69-145. Reproducido después en el libro "Domingo Irurzun, un ejemplo de Notario", Consejo General del Notariado, Madrid, 2018, 9 páginas 373-457.
- (35) Conviene poner de manifiesto el error sintáctico en que incurre el Código en el artículo 700. Me refiero a que no debiera hablar de "testamento en inminente peligro de muerte", sino de "testamento en peligro de muerte inminente".
La cuestión es relevante, ya que lo que debe ser inminente no es una determinada situación de peligro, sino la muerte misma. Peligros hay muchos y de mucha intensidad, pero sólo algunos pueden conducir a la muerte. Y sólo resulta aplicable el artículo 700 cuando lo que hay que encarar no es un peligro cualquiera, sino el de muerte. Por eso el adjetivo "inminente" debe adjetivar al sustantivo muerte y no a peligro.
- (36) LACRUZ BERDEJO – SANCHO REBULLIDA, obra citada, página 226.
- (37) Este distinto papel de la no presencia de Notario también tiene su origen en el Anteproyecto de 1882-1888, pues en el caso de muerte inminente (artículo 697) lo permite cuando el testador "... reside en despoblado o no existe Notario en la localidad", mientras que en el caso de epidemia (artículo 698) dice literalmente que puede otorgarse este tipo de testamento "... a falta de Notario, sin necesidad de justificarla".
- (38) El análisis de esta sentencia ha generado abundantes comentarios de la doctrina, sin duda debido a lo insólito del caso. Pueden verse:
- HORNERO MÉNDEZ, César: "Nulidad de testamento en peligro de muerte: comentario a la STS de 27 de Junio de 2000", Revista de Derecho Patrimonial, número 7, 2001, página 411 y siguientes.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina: "Testamento en peligro de muerte: comentario a la STS de 27 de Junio de 2000", Revista de Derecho Privado, número 85, 2001, página 521 y siguientes.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: "Nulidad de testamento otorgado en inminente peligro de muerte (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 2000", Actualidad Civil, número 2, 2002, página 657 y siguientes.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: "Reflexiones suscitadas por la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2000", Revista Jurídica del Notariado, número 36, octubre-diciembre 2000, páginas 303 y siguientes.
"Testamentos y pretestamentos", Revista Jurídica del Notariado, número 69, enero-marzo 2009, páginas 69 y siguientes.
- (39) Hay que recalcar que la capacidad del testador para testar es siempre la misma, ya se trate del testamento abierto común o del testamento en caso de peligro de muerte inminente. No se entiende por ello que, a juicio de este Notario, la testadora no tuviera capacidad para el primero y sí para el segundo.
En el caso concreto, hay un trastorno bipolar en esta actuación notarial, diferente cuando actúa como notario a cuando actúa como testigo.

Hechos imponibles adicionales a la sucesión: conmutación del usufructo viudal

José Vicente Galdón Garrido
Notario de Esplugas de Llobregat

I. PLANTEAMIENTO

Durante el pasado mes de julio de 2020, el Tribunal Supremo dictó un par de importantes sentencias en las que determinaba la forma en la que debía tributar la conmutación del usufructo viudal en Cataluña cuando, en sede de sucesión testada, la disposición testamentaria no había previsto tal conmutación.

No cabe duda de que estas sentencias llamaron mucho la atención de la comunidad jurídica, puesto que el Tribunal Supremo consideró que, en el supuesto contemplado, la conmutación del usufructo viudal escondía un hecho imponible adicional: la permuta, y, en consecuencia, la escritura de partición de herencia estaba sujeta, no solo al Impuesto de Sucesiones, sino también al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, con repercusiones fiscales distintas tanto para el cónyuge viudo como para los herederos.

Todo esto lo analizaremos a lo largo de estas notas, en su segunda parte.

La importancia de estas sentencias es tal que posiblemente obligue a los notarios a replantearnos la forma en la que, a partir de ahora, debemos de redactar aquellos testamentos en los que la voluntad del testador sea legar a su cónyuge el usufructo universal de todos sus bienes, puesto que si no prevemos en la cláusula en la que se



ordene el legado la posibilidad de conmutación, nuestros clientes pueden tener desagradables sorpresas fiscales si, al efectuar la partición, optan por la conmutación.

A la hora de analizar estas sentencias, he preferido postergar de momento el estudio concreto de las mismas, con el objeto de tener una visión más amplia o general del problema, y tratar de buscar todos aquellos supuestos en los que, en una partición de herencia, podemos encontrarnos con lo que he llamado **“hechos imponibles adicionales a la sucesión”**; es decir, todos

aquellos supuestos en los que la escritura de partición de herencia esté sujeta, no solo al Impuesto de Sucesiones, sino también a algún otro impuesto por contener algún hecho imponible adicional.

En definitiva, se trata simplemente de intentar buscar algunas pautas, herramientas o patrones que nos permita, de una forma general, averiguar si una escritura de partición de herencia va a tributar única y exclusivamente por Impuesto de Sucesiones o si, por el contrario, contiene otros hechos imponibles adicionales a la sucesión.



La cuestión es básica, dado que las repercusiones fiscales, en uno u otro caso, no son desde luego nada desdeñables.

II. TÍTULO SUCESORIO Y ESCRITURA DE PARTICIÓN

Si nos centramos en el fenómeno sucesorio, observamos que hay dos documentos básicos: el título sucesorio y la escritura de partición.

El título sucesorio (testamento, acta de declaración de herederos abintestato o contrato sucesorio) es el documento que va a determinar de una forma exclusiva la tributación de la herencia en el impuesto de sucesiones. En otras palabras, para calcular el impuesto de sucesiones es irrelevante cómo partan los herederos la herencia, es irrelevante la escritura de partición.

Esto es así por el PRINCIPIO DE IRRELEVANCIA DE LA PARTICIÓN recogido en el artículo 27.1 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, según el cual:

“... 1. En las sucesiones por causa de muerte, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará para los efectos del impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión, estén o no los bienes sujetos al pago del impuesto por la condición del territorio o por cualquier otra causa y, en consecuencia, los aumentos que en la comprobación de valores resulten se prorratearán entre los distintos adquirentes o herederos.”

Por otro lado, la escritura de partición de herencia, que como resulta de lo anterior es irrelevante con relación al impuesto de sucesiones, es importantísima con relación a los hechos imponibles adicionales a la sucesión, puesto que en función de cómo partan los herederos la herencia existirán o no los temidos hechos imponibles adicionales.

Así las cosas, ya podemos sacar la primera conclusión provisional:

Si la escritura de partición de herencia se ajusta al título sucesorio, la sucesión estará sujeta exclusivamente al impuesto de sucesiones. Si la escritura de partición de herencia no se ajusta al título sucesorio, la sucesión podrá estar sujeta, además de al impuesto de sucesiones a otros hechos imponibles adicionales.



Dicho esto, la siguiente pregunta es clara.

¿Cuándo se ajusta la escritura de partición al título sucesorio? O a la inversa, ¿cuándo se aparta la escritura de partición del título sucesorio?

En la mayoría de los casos, la escritura de partición se ajustará al título sucesorio. Imaginemos el supuesto en el que el testador ha nombrado herederos a sus tres hijos por partes iguales, y éstos realizan la partición adjudicándose lotes de bienes de idéntico valor. En este caso, que es el más frecuente en la práctica, no habrá ningún tipo de exceso de adjudicación declarado y, en consecuencia, no habrá ningún hecho imponible adicional a la sucesión, salvo el que pudiera derivarse de una comprobación de valores posterior por parte de la administración tributaria, a lo que luego me referiré.

Pero no siempre ocurre así.

En algunas ocasiones, son los propios herederos los que, al otorgar la escritura de partición de herencia, ya manifiestan que se están apartando de lo establecido en el título sucesorio. Son los supuestos de excesos de adjudicación declarados por los mismos herederos, que pueden dar lugar, según los casos, a hechos imponibles adicionales de distintas clases, según veremos.

En otras ocasiones, es la propia administración tributaria la que, en ejercicio de sus funciones inspectoras y tras una comprobación de valores, considera que se ha producido un exceso de adjudicación compro-

bado, que también puede dar lugar a una tributación adicional.

Y por último, hay otros supuestos en los que, sin existir ningún tipo de exceso de adjudicación, ni declarado ni comprobado, es la interpretación de los tribunales de justicia ---en este caso, del Tribunal Supremo--- la que determina la existencia de hechos imponibles adicionales a la sucesión.

En este último grupo es en el que debemos de enmarcar las sentencias relativas a la conmutación del usufructo vital que motivan estas notas y a las que más tarde nos referiremos.

III. EXCESO DE ADJUDICACIÓN DECLARADO

El primer indicio de la posible existencia de un hecho imponible adicional a la sucesión nos lo da la existencia de un exceso de adjudicación declarado por los propios herederos en la escritura de partición.

Nos referimos a todos aquellos supuestos en los que los herederos se adjudican los bienes en cuantía distinta a la ordenada en el título sucesorio. Ejemplo: cuando el testador ha nombrado herederos a sus tres hijos por partes iguales y éstos en la escritura de partición de herencia se adjudican lotes de bienes que no tienen el mismo valor. En este caso, habrá un exceso de adjudicación declarado por los propios herederos que puede dar lugar a un hecho imponible adicional a la sucesión.



Comprobada la existencia de un exceso de adjudicación declarado, lo que nos tendremos que plantear a continuación es si ese exceso de adjudicación declarado ha sido o no compensado entre los herederos, puesto que las consecuencias fiscales son distintas en uno u otro caso.

Y por último, si estamos ante un exceso de adjudicación declarado y compensado, nos tendremos que preguntar si el exceso de adjudicación era evitable o inevitable.

El exceso de adjudicación será evitable cuando los herederos, a la hora de partir, tenían la posibilidad de hacer lotes más equivalentes. Por el contrario, el exceso de adjudicación será inevitable cuando los herederos, dada la naturaleza de los bienes, no tenían posibilidad de hacer lotes más equivalentes. También en todos estos casos las consecuencias fiscales son distintas.

Sirva esto como planteamiento general.

A continuación, vamos a intentar analizar la tributación de cada uno de los supuestos expuestos, y para simplificar la exposición vamos a partir siempre de un mismo supuesto de hecho: sucesión testada en la que se nombran herederos a los tres hijos (H1, H2, H3) por partes iguales y en la que hay tres inmuebles valorados en 300, 200 y 100 respectivamente (F1 = 300, F2 = 200, F3 = 100).

a) Exceso de adjudicación declarado evitable

Estaríamos ante un exceso de adjudicación declarado evitable si al hacer la partición y siendo los tres hijos herederos por partes iguales, el H1 se adjudicara la F1, valorada en 300, el H2 se adjudicara la F2 y la F3, valoradas en 200 y 100 respectivamente, y el H3 no se adjudicara nada.

En este caso, estaríamos ante un exceso de adjudicación declarado, porque así resulta de la propia valoración de los bienes efectuada por los herederos, y evitable porque éstos tenían la posibilidad de hacer la partición de una forma más equivalente; por ejemplo, adjudicando al hijo H3 la finca F3 valorada en 100.

Al no hacerlo así, estaremos, por tanto, ante una escritura de partición de herencia con un claro exceso de adjudicación declarado y evitable.

Su tributación sería la siguiente:

a) Impuesto de Sucesiones:

La escritura lógicamente estará sujeta al impuesto de sucesiones.

El haber hereditario estará compuesto por la suma del valor de todos los bienes (600) y la base imponible de cada heredero (200). Al ser

herederos por partes iguales, a cada heredero le corresponderá una base imponible de 200, con independencia de cómo hayan realizado entre ellos la partición, en base al principio de irrelevancia de la partición al que antes nos hemos referido.

b) Hechos imponibles adicionales.

Como al realizar la partición los herederos no se han ajustado al título sucesorio, se abre la posibilidad de que esta herencia contenga hechos imponibles adicionales a la sucesión.

Acreditada la existencia de un exceso de adjudicación declarado, tenemos que preguntarnos si ese exceso de adjudicación ha sido compensado o no entre los herederos, puesto que las consecuencias fiscales son distintas según los casos.

Si el exceso de adjudicación no ha sido compensado entre los herederos, la escritura de partición estará sujeta, además de al impuesto de sucesiones, al impuesto de donaciones

Si el exceso de adjudicación no ha sido compensado entre los herederos, la escritura de partición estará sujeta, además de al impuesto de sucesiones, al impuesto de donaciones. Fiscalmente, H3 habrá hecho a favor del H1 una donación de 100 y a favor del H2 otra donación de 100, siendo sujetos pasivos los donatarios, es decir, los hijos H1 y H2.

Por el contrario, si el exceso de adjudicación ha sido compensado económicamente entre los herederos, es decir, si H1 y H2 han entregado cada uno de ellos 100 a H3, nos moveremos en el ámbito del ITPAJD y habrá que analizar si ese exceso de adjudicación declarado debe de tributar o no por TPO.

Al tratarse de un exceso de adjudicación declarado y evitable, tributará por TPO por aplicación directa del artículo 7.2. B) del TR ITPAJD, puesto que los herederos tienen la posibilidad de hacer una partición más acorde al título sucesorio, haciendo entre ellos lotes más equivalentes. Al no hacerlo así, estaremos, como digo, ante un hecho imponible adicional a la sucesión, por lo



que la escritura de partición de herencia estará sujeta no solo al Impuesto de Sucesiones sino también a TPO.

Para determinar en este caso quién es el sujeto pasivo y cuál es la base imponible, nos remitimos al criterio establecido en la [consulta DGT V 2921-18](#). En base a esta consulta, el sujeto pasivo será H2 y la base imponible el valor de F3 (100), que es el valor del inmueble que, de haberse adjudicado a H3 en la partición, hubiera transformado el exceso de adjudicación evitable en inevitable con consecuencias fiscales muy distintas, como veremos.

b) Exceso de adjudicación declarado inevitable

Estaríamos ante un supuesto de exceso de adjudicación declarado inevitable, si, al hacer la partición, H1 se adjudicara la F1, valorada en 300, H2 se adjudicara la F2, valorada en 200, y H3 se adjudicara la F3, valorada en 100.

En ese supuesto, estamos ante un exceso de adjudicación declarado, porque resulta de la propia valoración efectuada por los herederos, e inevitable porque los herederos, al ser los bienes indivisibles, no tenían una forma más igualitaria o proporcional de hacer la partición sin incurrir en proindivisos, no deseados por el legislador.

Por tanto, estaremos ante una escritura de partición de herencia con un exceso de adjudicación declarado e inevitable.

Su tributación sería la siguiente:

a) Impuesto de Sucesiones

En base al principio de irrelevancia de la partición al que antes nos hemos referido, la tributación será exactamente la misma que hemos visto en el supuesto anterior con relación a este impuesto. Es decir, el haber hereditario estará compuesto por la suma del valor de todos los bienes inmuebles (600) y, al ser los tres hijos herederos por partes iguales, la base imponible de cada uno de ellos en este impuesto será de 200.

Insisto: con relación al Impuesto de Sucesiones, es irrelevante cómo los herederos realicen la partición. Lo único importante con relación a este impuesto es el título sucesorio. Si éste determina que los herederos lo son por partes iguales, la tributación será la misma para cada uno



de ellos, independientemente de cómo partan la herencia.

b) Posibilidad de hechos imponibles adicionales

Siguiendo el mismo esquema anterior, podemos decir que, como los herederos no se han ajustado al título sucesorio al realizar la partición, se abre la posibilidad, igual que antes, de que esta herencia contenga hechos imponibles adicionales a la sucesión.

Si el exceso de adjudicación no ha sido compensado entre los herederos, la escritura de partición de herencia estará sujeta, además de al impuesto de sucesiones, al impuesto de donaciones. Desde el punto de vista fiscal, H3 habrá hecho una donación a H1 de 100.

Por el contrario, si el exceso de adjudicación ha sido compensado económicamente entre los herederos, es decir, si H1 ha entregado 100 a H3, nos moveremos de nuevo en el ámbito del ITPAJD, y habrá que analizar si ese exceso de adjudicación declarado e inevitable debe de tributar por TPO.

Por aplicación del ya conocido artículo 7.2 B) del TR ITPAJD, al tratarse de un exceso de adjudicación declarado e inevitable, siendo los bienes inmuebles indivisibles y no existiendo posibilidad de hacer una partición entre los herederos más ajustada al título, concluiríamos la no sujeción de este supuesto a TPO.

Por tanto, esta partición de herencia, en la que existe un exceso de adjudicación de-

clarado y compensado entre los herederos, al ser este inevitable, estaría sujeta al Impuesto de Sucesiones y no sujeta a TPO.

c) Posibilidad de sujeción a AJD

A continuación, nos planteamos si estos supuestos de excesos de adjudicación declarados, compensados e inevitables, que, como acabamos de ver, no están sujetos a TPO, podrían estar sujetos a AJD.

El artículo clave para determinar la sujeción o no de un documento notarial al impuesto de AJD es el artículo 31.2 del TR ITPAJD que, como sabemos, exige para su sujeción que tengan por objeto cantidad o cosa evaluable, que contengan actos o contratos inscribibles en los registros públicos y que no estén sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La cuestión no ha sido ni mucho menos pacífica dentro de la propia DGT. Más bien podemos decir que su doctrina ha sido contradictoria.

1) DGT V1573-11

Por un lado, nos encontramos con la consulta vinculante DGT V1573-11, según la cual los excesos de adjudicación declarados que se producen en las particiones hereditarias, en relación con los bienes indivisibles y con compensación en metálico, si bien no están sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, sí que lo están a la cuota gradual de acto jurídico documentado.

En realidad, lo que hace esta consulta vinculante es distinguir radicalmente entre la liquidación derivada del título sucesorio, que estará sujeta en todo caso al Impuesto de Sucesiones y no sujeta a AJD, y las liquidaciones que pudieran derivar, no del título sucesorio sino de la propia escritura de partición, que, como estamos analizando, pueden dar lugar a hechos imponibles adicionales a la partición, que se regirán por sus propias reglas.

Sobre esta base, la consulta llega a la conclusión de que, puesto que el exceso de adjudicación declarado, compensado inevitable no está sujeto a TPO, estará sujeto a AJD por reunir todos los requisitos del artículo 31.2 .B TR ITPAJD, al que antes nos hemos referido.

En este mismo sentido y con estos mismos argumentos, se pronunció la ATC en consultas 219/12, 287E/13 y 219/14 entre otras.

2) DGT V0071-12

Por otro lado, nos encontramos con la consulta vinculante DGT V0071-12, en la que la Dirección General de Tributos cambia radicalmente de criterio al considerar que la escritura de partición de herencia no puede estar sujeta a AJD puesto que no reúne el último de los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del TR, esto es, no estar sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

En esta consulta, la DGT considera que los actos de manifestación y partición de herencia jurídicamente constituyen dos fases de un único acto de adquisición de herencia, por lo que no cabe gravar ninguno de ellos con la cuota gradual de actos jurídicos documentados.

3) RESOLUCIÓN ATC 3/2017

Finalmente fue la Dirección General de Tributos i Joc la que, a través de la resolución 3/2017, zanjó definitivamente esta cuestión decantándose por el criterio establecido en la consulta DGT V0071-12 y dejando sin efecto la consulta DGT 1573 -11.

Por tanto, hoy podemos decir con seguridad que aquellas escrituras de partición de herencia que contienen un exceso de adjudicación declarado, compensado e inevitable no están sujetas ni a TPO ni a AJD por estar sujetas al ISD.

Lo dicho hasta aquí podría resumirse diciendo que las escrituras de herencia siempre van a estar sujetas al Impuesto de Sucesiones, nunca van a estar sujetas al impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados; estarán, además, sujetas al Impuesto de Donaciones si contienen excesos de adjudicación declarados no compensados, y, por último, estarán sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas si contienen excesos de adjudicación declarados, compensados pero evitables.

IV. EXCESO DE ADJUDICACIÓN COMPROBADO

Hasta ahora, nos hemos referido a los hechos imponibles adicionales a la partición que surgen de los excesos de adjudicación declarados por los propios herederos al realizar la partición de herencia. Pero, en ocasiones, el hecho imponible adicional a la partición surge de un exceso de adjudicación, no declarado por los herederos sino comprobado por la administración tributaria al realizar sus tareas de comprobación de valores.

A estos excesos de adjudicación nos vamos a referir ahora.

La regla general viene contenida en el artículo 27.1 de la Ley del ISD, al que antes nos hemos referido, que, congruentemente con el principio de irrelevancia de la partición, establece un sistema de prorrateo entre todos los herederos en caso de comprobación de valores por parte de la administración

La regla general viene contenida en el artículo 27.1 de la Ley del ISD, al que antes nos hemos referido, que, congruentemente con el principio de irrelevancia de la partición, establece un sistema de prorrateo entre todos los herederos en caso de comprobación de valores por parte de la administración.

Es decir, lo que sigue determinando la liquidación del impuesto de sucesiones es el título sucesorio y no la partición efectuada por los herederos. Si, tras la comprobación de valores realizada por la administración tributaria, ésta aumenta el valor de alguno de los bienes, ese aumento de valor afectará a todos los herederos por igual y, en consecuencia, se aumentará la base imponible de todos y cada uno de los herederos.

Esta regla general del prorrateo tiene su excepción en el caso que el bien afectado por la comprobación hubiera sido objeto de legado o hubiera sido atribuido por el testador a persona determinada. A este caso, se refiere el artículo 27.2 de la misma Ley del ISD, según el cual:

“Si los bienes en cuya comprobación resultare aumento de valores o a los que deba





aplicarse la no sujeción fuesen atribuidos específicamente por el testador a persona determinada o adjudicados en concepto distinto del de herencia, los aumentos o disminuciones afectarán sólo al que adquiera dichos bienes.”

Como vemos, en este caso, la comprobación de valores afectará exclusivamente al adquirente de dichos bienes.

Pero la comprobación de valores también puede dar lugar a un hecho imponible adicional a la sucesión; en concreto, a la sujeción de la misma a TPO por exceso de adjudicación en el caso de que la diferencia entre el valor declarado y el valor comprobado de los bienes adjudicados a alguno de los herederos o legatarios exceda del 50% del valor que le corresponda según el título sucesorio.

Por tanto y en conclusión, el artículo 27.3 LISD contempla un supuesto de hecho imponible adicional a la sucesión, derivado, no de los valores declarados por los herederos, como hasta ahora habíamos analizado, sino de la comprobación de los valores por parte de la administración tributaria, que considera que, en estos casos, también hay un exceso de adjudicación que debe de tributar por TPO

Así lo establece el artículo 27.3 LISD

“Se liquidarán excesos de adjudicación, según las normas establecidas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando existan diferencias, según el valor declarado, en las adjudicaciones efectuadas a los herederos o legatarios, en relación con el título hereditario; también se liquidarán los excesos de adjudicación cuando el valor comprobado de lo adjudicado a uno de los herederos o legatarios exceda del 50 por 100 del valor que le correspondería en virtud de su título, salvo en el supuesto de que los valores declarados sean iguales o superiores a los que resultarían de la aplicación de las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio Neto.”



Por tanto y en conclusión, el artículo 27.3 LISD contempla un supuesto de hecho imponible adicional a la sucesión, derivado, no de los valores declarados por los herederos, como hasta ahora habíamos analizado, sino de la comprobación de los valores por parte de la administración tributaria, que considera que, en estos casos, también hay un exceso de adjudicación que debe de tributar por TPO.

Por último, podemos plantearnos qué ocurriría en el supuesto de que la herencia esté prescrita, cómo afectaría este hecho a todo lo que hemos dicho hasta ahora. Es decir, la cuestión ahora es si puede haber hechos imponibles adicionales a la sucesión cuando la herencia está prescrita, o si la prescripción de la sucesión arrastra, alcanza, a los hechos **imponibles** adicionales que pueden derivarse de la partición

El supuesto de hecho es sencillo. El fallecimiento del causante se produce en el año 2010 y la escritura de partición de herencia se autoriza en el año 2020.

En este caso, parece claro que no habrá liquidación alguna por el impuesto de sucesiones, puesto que la herencia está prescrita, pero esta prescripción de la herencia no alcanzará a los excesos de adjudicación que puedan estar incluidos en la escritura de partición de herencia, cuya tributación se regirá por las reglas generales que hemos expuesto hasta ahora.

En este punto es importante destacar la consulta de la Dirección General de Tributos DGT V1880-16, puesto que nos aporta un

dato interesante con relación al momento en el que hay que valorar los bienes. Según esta consulta, en la escritura de partición de herencia prescrita hay que consignar el valor que tienen los bienes en el momento de su autorización (2020) y no en el momento del fallecimiento del causante (2010), puesto que, por estar prescrita, no habrá liquidación por el impuesto de sucesiones, y el posible hecho imponible adicional a la sucesión surge de la propia escritura de partición, matiz que habrá que tener en cuenta para evitar desagradables sorpresas fiscales.

V. HECHOS IMPONIBLES ADICIONALES SIN EXCESO DE ADJUDICACIÓN

Hasta aquí hemos analizado los hechos imponibles adicionales a la sucesión que pueden surgir de un exceso de adjudicación declarado por los propios herederos o de un exceso de adjudicación comprobado por la administración.

Nos queda por analizar algunos supuestos de hechos imponibles adicionales a la sucesión que se producen sin exceso de adjudicación alguno y que derivan de la interpretación que realizan los tribunales.

En definitiva, se trata de analizar, a través de algunas sentencias recientes, cuándo los tribunales de justicia han considerado que la escritura de partición de herencia se ha ajustado al título sucesorio y cuándo se aparta del mismo.

En la medida en la que los tribunales consideren que la escritura de partición se



ajusta al título sucesorio, la herencia estará sujeta exclusivamente al impuesto de sucesiones. En la medida en la que los tribunales consideren que la escritura de partición no se ajusta al título sucesorio, la herencia estará sujeta, además, a otros hechos impondibles adicionales, como veremos a continuación.

a) Sucesión intestada. STS de 10 de Junio de 2020

El supuesto de hecho que contempla esta sentencia es sencillo. Fallecida una persona sin testamento, se tramita la correspondiente acta de declaración de herederos abintestato, resultando ser sus herederos sus cuatro hermanos por partes iguales.

Los herederos otorgan la correspondiente escritura de partición de herencia y se adjudican algunos bienes en pleno dominio, otros en usufructo y otros en nuda propiedad, sin que se produzca ningún exceso de adjudicación, puesto que el valor de lo adjudicado a cada uno de los herederos es cuantitativamente el mismo.

No hay por tanto en la adjudicación, insisto, ningún exceso de adjudicación.

El quid de la cuestión consistirá en determinar si los herederos se han ajustado o no al título sucesorio al efectuar la partición de este modo, con estas adjudicaciones.

La posición de los herederos es clara. Para ellos, la partición de herencia se ha ajustado al título sucesorio, puesto que todos los herederos han adquirido lotes de bienes

con idéntico valor, siendo indiferente que hayan recibido unos bienes en pleno dominio, otros, en usufructo, y otros, en nuda propiedad. En consecuencia, la escritura de partición de herencia estará sujeta, en su opinión, exclusivamente al impuesto de sucesiones, sin que haya ningún hecho impondible adicional.

No es esta la posición de la administración tributaria.

Para la administración tributaria, en el caso planteado hay dos hechos impondibles. Hay un primer hecho impondible derivado del título sucesorio, por el que cada uno de los herederos adquiere bienes en pleno dominio y que se liquidará por el impuesto de sucesiones. Y hay un segundo hecho impondible, derivado de las operaciones que los herederos realizan al efectuar la partición, que debe ser calificado como de permuta.

“lo que hay es un llamamiento hereditario a título de plena propiedad y, esto es lo que enriquece a cada heredero y lo que sujeta a tributación el ISD. Una vez ingresado en su patrimonio esa riqueza, el reparto y concreción de derechos (en este caso en nuda propiedad y usufructo) es un acto posterior distinto, tanto civilmente (partición frente a la previa aceptación del llamamiento) como fiscalmente”.

Así las cosas, al Tribunal Supremo le toca resolver, y lo hace destacando, en mi opinión, dos ideas importantes con relación al acta de declaración de herederos abintestato. Primera, que el acta sirve exclusivamen-

te para determinar a través del “ius delationis” quiénes son los herederos llamados a la herencia, y, en segundo lugar, para determinar el “quantum” que corresponde a cada heredero en la partición.

Y la segunda idea es que para el Tribunal Supremo el acta de declaración de herederos abintestato no predetermina cómo se tienen que adjudicar estos bienes a los herederos, si en pleno dominio, en usufructo o en nuda propiedad. Si en la partición de herencia los lotes adjudicados a cada uno de los herederos tienen el mismo valor, no habrá exceso de adjudicación y, en consecuencia, la partición se habrá ajustado al título sucesorio.

“No puede, pues, mantenerse el parecer del auto de admisión de que la tributación se ha realizado no en base al título sucesorio, sino en base a los pactos particulares entre los herederos. Simplemente, se procedió a la desmembración entre los derechos de usufructo y de nuda propiedad, ajustando la base, y sin perjuicio de hacer frente a la tributación que corresponda cuando se adquiriera también el usufructo por cada uno de los propietarios”.

Si esto es así, la conclusión es clara.

Si la partición se ha ajustado al título sucesorio y no hay excesos de adjudicación ni declarados ni comprobados, la escritura de partición de herencia estará sujeta única y exclusivamente al impuesto de sucesiones, sin que haya ningún hecho impondible adicional. No cabe, por tanto, liquidación adicional por permuta alguna como pretendía la administración tributaria.

Esto en sede de sucesión intestada. Pero ¿qué ocurre en sede de sucesión testada?

b) Sucesión testada en Cataluña. Conmutación del usufructo viudal

Esta cuestión ha sido recientemente analizada, al menos, por tres importantes sentencias del Tribunal Supremo, las de 22 de julio de 2020, de 23 de julio de 2020 y de 1 de octubre de 2020.

En las tres sentencias el supuesto de hecho es el mismo.

Nos movemos siempre en el ámbito de la sucesión testada en Cataluña. El testador ha legado a su esposa el usufructo universal de todos sus bienes y ha nombrado herederos a sus hijos por partes iguales.



Al otorgar la escritura de partición de herencia, el cónyuge viudo y los hijos deciden adjudicarse bienes en pleno dominio, conmutando el usufructo viudal, y sin que exista ningún tipo de exceso de adjudicación, puesto que el valor de los bienes adjudicados al cónyuge viudo en pleno dominio coincide con el valor que le correspondería como usufructuario universal.

La cuestión a dilucidar consiste en determinar si esta forma de realizar la partición se ajusta o no al título sucesorio. Como siempre, si llegamos a la conclusión de que la partición realizada por los herederos se ajusta el título sucesorio, solamente estaremos ante un hecho imponible sujeto al impuesto de sucesiones.

Si por el contrario, llegamos a la conclusión de que la partición realizada por los herederos no se ajusta al título sucesorio, se abrirá la posibilidad de hechos imponibles adicionales a la sucesión.

Para los herederos, la cuestión está clara. Estamos ante un solo hecho imponible, sujeto exclusivamente al impuesto de sucesiones.

Para la administración tributaria, por el contrario, la partición realizada no se ajusta al título sucesorio y, en consecuencia, estamos ante dos hechos imponibles que deben tributar de forma separada.

Pero veamos los argumentos de una y otra parte.

a) POSICIÓN DE LOS HEREDEROS: UN SOLO HECHO IMPONIBLE.

El principal argumento de los herederos para defender su posición es el artículo 464-6 CCC, que les faculta para hacer la partición de común acuerdo, del modo que crean conveniente, incluso prescindiendo de las disposiciones particionales realizadas por el causante.

No hay por tanto dos negocios jurídicos sucesivos (aceptación y adjudicación) ni dos hechos imponibles distintos. La partición concreta un derecho abstracto en bienes determinados y, al no existir ningún tipo de exceso de adjudicación, no puede tributar por TPO.

También utilizan como argumento para defender su posición el artículo 57 del Reglamento del ISD, que considera la conmutación del usufructo viudal prevista en los



artículos 839 y 840 del código civil como una operación neutra desde el punto de vista fiscal, sin que dé lugar a practicar liquidación alguna por la nuda propiedad a los herederos ni, en su día, por la extinción del usufructo.

Si esto es así en derecho común, también debería de aplicarse en Cataluña “porque no permitir su aplicación produciría un perjuicio territorial que iría en contra del derecho fundamental de igualdad ante la ley que proclama la Constitución Española”.

b) POSICIÓN DE LA ATC: DOS HECHOS IMPONIBLES

La ATC desmonta uno a uno todos los argumentos utilizados por los recurrentes.

En primer lugar, como no podía ser de otra forma, reconoce que efectivamente el artículo 464-6 del CCC faculta a los herederos para hacer la partición del modo que crean oportuno, pero ello no impide que la administración tributaria, en su función inspectora, pueda girar las liquidaciones que considere oportunas y que deriven de dicha partición. En definitiva, “la partición puede comportar, como ocurre en el presente caso, operaciones particionales diferentes de las previstas por el testador, que habrán de tener el trato fiscal propio de la operación de que se trate”.

Recuerda la ATC que la conmutación del usufructo viudal en Cataluña solo está prevista en sede de sucesión intestada, en concreto, en el artículo 442.5 CCC, sin que

exista un precepto semejante en sede de sucesión testada.

Además, no considera aplicable a este supuesto el artículo 57 del RISD puesto que se refiere exclusivamente al pago de la legítima viudal en derecho común, donde el cónyuge viudo es legitimario, a diferencia de lo que ocurre en derecho catalán.

Como argumentos positivos, aduce el artículo 24.1 LISD, que establece que en las adquisiciones por causa de muerte, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante, y el artículo 10.2 RISD, que entiende realizadas las adquisiciones mortis causa en el día del fallecimiento del causante.

Concluye, por tanto, que “la partición realizada es expresión de la voluntad de las partes, si bien, al no corresponderse con las disposiciones testamentarias, comporta la existencia de un negocio jurídico distinto del de la adquisición de la herencia”.

Así las cosas, le toca resolver al Tribunal Supremo.

c) POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

La cuestión de interés casacional que se plantea el Tribunal Supremo es la siguiente:

“Determinar si, tratándose de una sucesión testada, la atribución al cónyuge supérstite de bienes en pleno dominio, en pago del usufructo que legítimamente le corresponde, implica la existencia de una operación de permuta, sometida a la mo-



alidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”.

Ante esta cuestión, el Tribunal Supremo se decanta por la tesis mantenida por la ATC y, en definitiva, hace suya toda la argumentación a la que antes nos hemos referido.

Para el Tribunal Supremo, la adquisición de la herencia se produce en el momento del fallecimiento del causante y en base a lo que dispone el título sucesorio. Por tanto, es en ese momento, cuando el cónyuge viudo adquiere el usufructo y los hijos la nuda propiedad de los bienes que integran el haber hereditario, estando esta adquisición sujeta al Impuesto de Sucesiones.

La conmutación posterior del usufructo, realizada por voluntad de las partes en la escritura de partición, implica para el Tribunal Supremo, además de la tributación por el ISD, otro negocio jurídico diferente, que en el caso de la viuda que adquiere la nuda propiedad, hace que nos encontremos ante una operación de permuta, que tributará por ITPAJD, y en el caso de los coherederos, que adquieren el usufructo, ante una operación de consolidación del dominio sujeta al ISD.

Por tanto, el Tribunal Supremo concluye y contesta a la cuestión de interés casacional planteada alegando que “al tratarse de una sucesión testada, la atribución al cónyuge superviviente de bienes en pleno dominio en pago del usufructo que legítimamente le

corresponde, implica la existencia de una operación de permuta sometida a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD”

d) LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO

Por tanto, en base a todo lo anterior, ¿cómo habrá que liquidar el impuesto?

La escritura de partición de herencia sujeta a derecho catalán que, en sede de sucesión testada, contenga una conmutación del usufructo viudal no prevista en el título sucesorio, estará sujeta, en primer lugar, al Impuesto de Sucesiones con arreglo a lo determinado en el título sucesorio, en base al principio de irrelevancia de la partición.

Y además, la conmutación del usufructo viudal, realizada por los herederos sin estar prevista en el testamento, implicará la existencia de un hecho imponible adicional a la sucesión que el Tribunal Supremo califica como permuta, con repercusiones fiscales distintas para el cónyuge viudo y para los herederos.

Para el cónyuge viudo, implicará la adquisición de la nuda propiedad de determinados bienes, y esta adquisición estará sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Para los herederos, implicará la consolidación del dominio sobre determinados bienes, y esta consolidación estará sujeta al Impuesto de Sucesiones. Conviene recordar, en este sentido, lo dispuesto en el artículo 51.4 del RISD:

“4. Si la consolidación del dominio en la persona del primero o sucesivos nudo propietarios se produjese por una causa distinta al cumplimiento del plazo previsto o a la muerte del usufructuario, el adquirente sólo pagará la mayor de las liquidaciones entre la que se encuentre pendiente por la desmembración del dominio y la correspondiente al negocio jurídico en cuya virtud se extingue el usufructo.”

Por tanto, los herederos que consolidan el dominio a través de la conmutación del usufructo viudal, tributarán por la mayor de las liquidaciones que correspondan entre el Impuesto de Sucesiones, puesto que el usufructo se ha desmembrado en el título sucesorio, y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, puesto que el usufructo se extingue como consecuencia de una permuta.

Este es el criterio que siguen las tres sentencias del Tribunal Supremo a las que hemos hecho referencia.

Teniendo en cuenta que en Cataluña es bastante frecuente el testamento en el que el testador lega a su consorte el usufructo universal de sus bienes y nombra herederos a sus hijos, parece razonable que nos planteemos la posibilidad de incluir en el testamento la facultad de conmutar ese usufructo viudal por bienes en pleno dominio con valor equivalente al del usufructo, o bien establecer un legado de carácter alternativo

A nadie se le escapa ni la trascendencia de este tema, ni las desagradables sorpresas fiscales que se pueden producir cuando la ATC comience a revisar todas aquellas liquidaciones de las herencias testadas que contengan conmutaciones del usufructo viudal sin estar previstas en el título sucesorio.

Teniendo en cuenta que en Cataluña es bastante frecuente el testamento en el que el testador lega a su consorte el usufructo universal de sus bienes y nombra herederos a sus hijos, parece razonable que nos planteemos la posibilidad de incluir en el testamento la facultad de conmutar ese



usufructo viudal por bienes en pleno dominio con valor equivalente al del usufructo, o bien establecer un legado de carácter alternativo.

En todos los casos examinados por el Tribunal Supremo, si la facultad de conmutación hubiera estado prevista en el testamento, al no existir ningún tipo de exceso de adjudicación ni declarado ni comprobado, la partición realizada por los herederos se habría ajustado al título sucesorio y, en consecuencia, no se hubiera producido ningún hecho imponderable adicional a la sucesión, quedando ésta sujeta exclusivamente al Impuesto de Sucesiones.

c) Sucesión intestada en Cataluña. Conmutación del usufructo viudal

A diferencia de lo que ocurre en sede de sucesión testada, el libro cuarto del código civil de Cataluña, en sede de sucesión intestada, regula la conmutación del usufructo viudal en el artículo 442-5 CCC.

“El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente puede optar por conmutar el usufructo universal por la atribución de una cuarta parte alícuota de la herencia y, además, el usufructo de la vivienda conyugal o familiar”.

En realidad, este artículo lo que establece es un llamamiento alternativo a favor del cónyuge viudo o del conviviente en pareja estable, puesto que se le permite optar entre dos alternativas: o bien puede adquirir el usufructo universal de todos los bienes, o bien puede adquirir una cuarta parte alícuota de la herencia en pleno dominio y, además, el usufructo de la vivienda conyugal o familiar.

Ambos llamamientos están amparados por el legislador y, en consecuencia, si la escritura de partición se ajusta a cualquiera de estas dos alternativas, podremos decir que la partición se ha ajustado al título sucesorio (en este caso, al llamamiento legal) y que, en consecuencia, la partición solo estará sujeta al Impuesto de Sucesiones, sin que haya ningún tipo de hecho imponderable adicional.

Y esto es así, aunque el valor económico de una u otra alternativa sea distinto. Es decir, lo más probable es que el valor del usufructo universal no coincida con el valor que resulte de la conmutación, pero



ambos llamamientos alternativos están amparados por el artículo 442-5 CCC y, en consecuencia, cualquiera que sea la opción del cónyuge viudo, la partición se estará ajustando al título sucesorio.

d) Derecho común

La situación del cónyuge viudo no es la misma en derecho común que en derecho catalán.

En derecho común, el cónyuge viudo es legitimario. En derecho catalán no lo es.

Los artículos 839 y 840 del código civil regulan la posibilidad de conmutar los derechos legitimarios del cónyuge viudo, mientras que el artículo 57 del RISD considera esa conmutación como un acto neutro desde el punto de vista fiscal, siempre que no haya ningún tipo de exceso de adjudicación.

Por tanto, podemos decir que, en la medida que la escritura de partición se limite a conmutar los derechos legitimarios del cónyuge viudo, estaremos ante una partición que se ajustará al título sucesorio y que estará sujeta exclusivamente al impuesto de sucesiones.

El problema se produce cuando la conmutación del usufructo va más allá de los derechos legitimarios del cónyuge viudo.

Por ejemplo, en el caso de que, al cónyuge viudo, concurriendo con descendientes, se le atribuya en testamento el usufructo

universal de los bienes y en la partición se realice la conmutación del mismo.

En este caso, parece razonable pensar que solo la conmutación del usufructo de 1/3 de la herencia estará amparada por los artículos 839 y 840 del CC y, por tanto, podrá ser considerada como un acto neutro desde el punto de vista fiscal por aplicación del artículo 57 del RISD.

El resto, es decir, la conmutación del usufructo de los 2/3 restantes, que exceden de los derechos legitimarios que corresponden al cónyuge viudo concurriendo con descendientes, no estarán amparados ni por el título sucesorio ni por disposición legal alguna, por lo que deberá tributar por permuta en los mismos términos apuntados por las sentencias del Tribunal Supremo que comentamos.

CONCLUSIÓN FINAL

Tanto en derecho común como en derecho catalán, en los testamentos en los que se atribuya al cónyuge viudo un usufructo universal, puede ser interesante establecer la facultad de conmutar ese usufructo por bienes en pleno dominio de valor equivalente al del usufructo, o bien establecerlo como un legado de carácter alternativo.

En ambos casos, si al realizar la partición se produce la conmutación, ésta se ajustará al título sucesorio y, en consecuencia, la herencia estará sujeta exclusivamente al Impuesto de Sucesiones, sin que se produzca ningún hecho imponderable adicional.

Los contratos de opción de compra

Concha Carballo Casado
Economista y Abogada

En estas notas pretendo dar a conocer las diferentes tributaciones que se generan por diversos contratos, conocidos bajo "opciones de compra"

La estructura planteada en su contenido es la siguiente:

1. **Contrato de opción de compra. Generalidades**
 - 1.1. La opción de compra: definición y notas características
 - 1.2. Distinción con otras figuras
 - 1.3. Notas previas sobre la fiscalidad del derecho de opción de compra
2. **La opción de compra en operaciones inmobiliarias**
 - 2.1 Fiscalidad indirecta
 - 2.1.1. Sujeción a IVA.
 - 2.1.2. Sujeción a TPO
 - 2.1.3 Otras operaciones sobre la opción y el AJD
 - 2.2. Fiscalidad directa
 - 2.2.1. Persona Física
 - 2.2.2. Persona jurídica
3. **Los arrendamientos de inmuebles con opción de compra**
 - 3.1. El arrendamiento con opción de compra genérico
 - 3.2. El arrendamiento financiero o leasing
4. **La opción de compra sobre valores**



1. Contrato de opción de compra. Generalidades

1.1. La opción de compra: definición y notas características

La **opción de compra** es un negocio jurídico por el que se otorga al optante la facultad de comprar un bien, normalmente a cambio de una contraprestación, denominada **prima** de la opción, que puede convertirse en precio de la compraventa o parte del mismo, si llega a perfeccionarse el contrato objeto de la opción. El derecho de opción de compra acostumbra a ser un **contrato preparatorio de una operación principal, normalmente la compraventa de un inmueble**, aunque nada obsta que pueda pactarse en relación a la transmisión de bienes muebles.

Existen diversas teorías sobre la naturaleza de las opciones de compra, pero en general se puede señalar que las características básicas son:

▪ Se trata de un negocio jurídico entre dos partes (cedente y optante), pero con ejercicio unilateral ⁽¹⁾.

▪ En dicho negocio una parte (CEDENTE) atribuye a otra (OPTANTE) la facultad de decidir sobre la celebración o no de un contrato de compraventa: (i) sobre un bien determinado; (ii) dentro de un plazo determinado (el RH lo fija en un plazo máximo de 4 años si se trata de inmuebles y para que pueda tener acceso al RP, no pudiendo tener la opción una duración indefinida); y (iii) por un precio determinado, que también en el caso de inmuebles es necesario para su acceso al Registro de Propiedad.

En Cataluña existe una regulación sustantiva contenida en los artículos 568-1, y art.568-8 a 568-12 del CCC en la que se configura como:

- Como Negocio Jurídico TÍPICO
- Como un derecho real sobre inmuebles y muebles
- A documentar en escritura e inscribible
- Una duración máxima de 10 años

1.1. Distinción con otras figuras

Otras dos figuras que pueden asemejarse a la opción de compra son:

- **Promesa de compra-venta:** dos partes se obligan a la celebración futura de un contrato de compraventa (se considera una fase preparatoria del iter negocial). Ejercicio Bilateral.
- **Contrato de arras:** negocio jurídico de garantía de la celebración de un contrato de compraventa.

No obstante, ambos contratos son dos negocios jurídicos bilaterales, en los que no queda al arbitrio de una sola de las partes la celebración futura del contrato (como sucede en la opción)

1.2. Notas previas sobre la fiscalidad del derecho de opción de compra

La concesión del derecho de opción de compra **puede constituir un hecho imponible** del ITPAJD (bien en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas – TPO - o en la de la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados – AJD -) o del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). **Para determinar cuando la opción de compra queda sujeta a la modalidad de TPO o bien sujeta a IVA y a la modalidad de AJD** debemos fijarnos en la **calidad del concedente de la opción**, que será aquel que sea titular del bien sobre el cual recaerá el derecho de opción de compra.

o La opción de compra estará sujeta a IVA si es **concedida por un sujeto pasivo de IVA** sobre un bien afecto a su actividad económica. Desde la normativa del IVA al no haber entrega de bienes, constituye una prestación de servicios sujeta a IVA. Si es sobre un bien inmueble, su formalización en escritura pública estará sujeta a AJD siempre que cumpla los requisitos para ser inscribible según



lo regulado en el art. 14 de la Ley Hipotecaria, al ser compatibles ambos impuestos (IVA y AJD)

o La opción de compra estará sujeta a TPO **si el derecho de opción de compra es concedido por un particular**. En este supuesto, como TPO y AJD son impuestos incompatibles, solo tributará por TPO.

El sujeto pasivo del impuesto, es el optante que adquiere el derecho de opción, y **el tipo de gravamen** dependerá del bien objeto de la opción: a) Si la operación está sujeta a TPO, tanto si se trata de un bien inmueble como de un bien mueble, se estará al tipo aplicable en la Comunidad Autónoma que corresponda. En Cataluña se aplicará la escala de **TPO al 10%-11% si se trata de bien inmueble y 5% si es bien mueble; b) Cuando el concedente es un sujeto pasivo del IVA** y actúa en el ejercicio de su actividad, si la opción de compra es sobre bienes inmuebles, está formalizada en escritura pública, y fuera inscribible, al reunir por tanto los requisitos legalmente establecidos estará sujeta **a la modalidad de AJD, al 1,5 por ciento (en Cataluña)**.

Por lo que se refiere a **la base imponible**, de acuerdo con el art. 14.2 de la LITPAJD, deberá declararse **el valor mayor de entre:** a) El precio de la opción o prima; y b) El 5 por ciento de la base imponible de la operación principal. **Esta regla es aplicable tanto a la modalidad de TPO como a la modalidad de AJD**, según reiterada jurisprudencia y doctrina (así se ha manifestado la Consulta Vinculante de la DGT, V0102-20, en el marco de la cancelación de la opción de compra). No obstante la Dirección General de Tributos y Juego de la Generalitat de Cataluña (en adelante DGTJGC) en consulta **26E/12 de 6 de marzo** parece indicar que si es gratuita no hay valor declarado por lo que no tributaría en AJD: *“Trasladada la qüestió a l'àmbit de la modalitat d'AJD, i atès que s'ha manifestat en l'escrit de consulta l'opció de compra és constitueix amb caràcter gratuït, no hi haurà valor declarat”*. En el supuesto de que la operación esté sujeta a IVA, en ese impuesto, la Base Imponible será el precio de la prima.

Práctica

1. La opción de compra en operaciones inmobiliarias.

A efectos del análisis de la fiscalidad de la opción de compra, cabe distinguir dos fases, la concesión y el ejercicio/ejecución. Asimismo, existen una serie de circunstancias que, incidentalmente, pueden darse en relación a la opción de compra, y entre las que destacamos su transmisión ("pase"), la renuncia anticipada, la ampliación o extensión de su plazo y la cancelación en los supuestos de extinción por caducidad.

A efectos del análisis de su tributación, distinguiremos entre la fiscalidad indirecta y la fiscalidad directa.

2.1. Fiscalidad indirecta

Como ya hemos señalado anteriormente, la sujeción a IVA/TPO depende, como en el resto de operaciones, de la condición subjetiva del transmitente, en este caso, el CONCEDENTE.

Si el CONCEDENTE es empresario/Profesional en el ejercicio de su actividad, la concesión se encontrará sujeta a IVA (compatible con AJD), y si actúa como particular se encontrará sujeta a TPO.

Cuadro nº 1



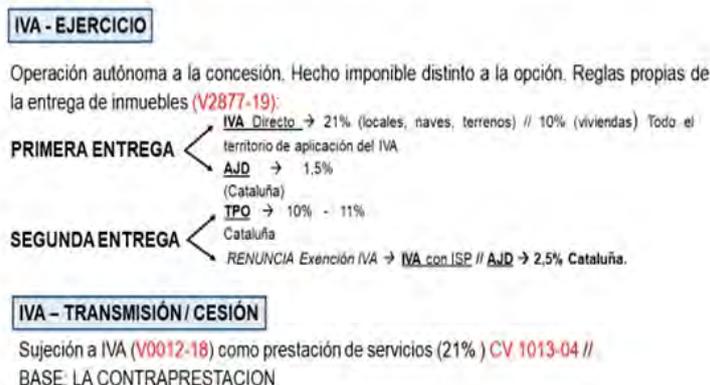
2.1.1. Sujeción a IVA: Sujeto pasivo del IVA en el ejercicio de su actividad

La **concesión de la opción**, no es traslativa de dominio por lo que es calificada como **prestación de servicios**. La **base imponible**, es la contraprestación recibida por la concesión. El **tipo de gravamen**, al tratarse de una prestación de servicios será al tipo general del 21%. **Si se documenta en escritura pública y es inscribible**, cumpliendo los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario ⁽²⁾, estará sujeta a AJD (compatible con IVA).

El **ejercicio de la opción** constituye una operación autónoma y diferenciada que sigue las reglas propias de las entregas de bienes inmuebles ^{(3) (4)}. Es decir, la opción de compra y la compraventa derivada del ejercicio de la opción, constituyen dos negocios jurídicos que, aunque relacionados, son independientes entre sí, dando lugar a dos hechos imponibles autónomos y diferentes.

Es habitual que la opción de compra sea transmisible, por lo que **la transmisión/cesión de la opción** estará sujeta a IVA, en concepto de prestación de servicios y al tipo general del 21% ⁽⁵⁾.

Cuadro nº 2





2.1.2. Sujeción a TPO: Persona física en el ejercicio de su actividad privada

En la **concesión de la opción** existirá sujeción a TPO, fijándose la base imponible en la mayor de dos cantidades, a saber: el precio convenido por la prima, o el 5% de la base aplicable al contrato principal.

El **sujeto pasivo** es en este caso el Optante (comprador), y el tipo gravamen será el establecido por la Comunidad Autónoma correspondiente (que en caso de Cataluña es el 10%-11% si recae sobre inmueble y 5% sobre muebles).

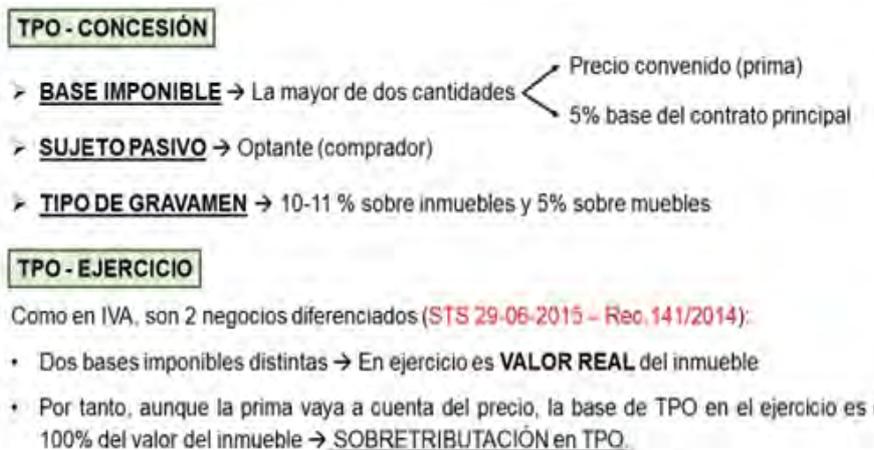
Interesa destacar, como nota distintiva, el tratamiento que a los alquileres con opción de compra sobre la vivienda habitual del causante, de la DGTJGC, para considerar si ello supone o no mantenimiento de la vivienda en el patrimonio del heredero en los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, requisito de mantenimiento necesario para no perder el derecho a la reducción aplicada en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones relativo a la vivienda habitual del Causante. En este sentido, la DGTJGC, considera que

ante una Opción de Compra ejercitable transcurridos 5 años desde la fecha del fallecimiento del causante, cumpliendo, por tanto, con el período de mantenimiento, no se pierde el derecho a la reducción practicada ⁽⁶⁾.

El ejercicio de la opción, como ya se ha anticipado, constituye un negocio jurídico diferenciado a la constitución lo que conlleva dos bases imponibles diferenciadas, (la de la prima y la del ejercicio de la opción), estando constituida la del ejercicio por el valor real del inmueble transmitido. Por tanto, aunque la prima de la opción vaya a cuenta del precio final de la transmisión, la tributación por TPO en la transmisión, deberá ser por el 100% del valor del inmueble (sin descontar la prima), siendo sujeto pasivo el adquirente.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que una cosa es el precio de la venta, del que puede naturalmente descontarse la prima o cualquier cantidad dada a cuenta (de la misma manera que se descuentan unas arras) y otra cosa diferente es la base imponible en una compraventa, que será el valor real del inmueble, siendo dos cuestiones diferenciadas a efectos de tributación.

Cuadro nº 3



La eventual **transmisión o cesión de la opción**, también está sujeta a TPO. Al respecto de su base imponible, la consulta de la DGTJGC número 99E/16 no hace referencia a la regla especial de valoración establecida para la constitución de la Opción de Compra, sino que señala que "La base imponible estará formada por el valor del dret d'opció de compra que es transmet donat per les parts intervinents."

1.1.3 Otras operaciones sobre la opción y el IAJD

La extensión del plazo antes de término: La DGTJGC, en consultas 31E/11 y 98E/18, considera que aunque se documente en Escritura Pública, carece de contenido valuable por lo que no está sujeta a la cuota gradual de AJD. El contenido económico valuable no está en el plazo sino en la propia opción de compra.

La extensión del plazo, llegada su caducidad: Cuestión diferente es la extensión del plazo expirado el inicial. En este

supuesto, es nuestro criterio que se trataría de una nueva opción de compra, al estar caducada la anterior con la consiguiente tributación por TPO o por AJD según las reglas ya expuestas.

La cancelación de la opción de compra: No estará sujeta a TPO al no darse las condiciones del hecho imponible. Al no estar sujeta a TPO cabe la imposición por AJD siempre que se formalice en escritura pública y resulte inscribible en el Registro correspondiente. La Base Imponible sería, entendemos, la propia de la constitución de la opción que se cancela. En este sentido se ha manifestado la DGT en consulta reciente ⁽⁷⁾ señalando "Conforme a lo anteriormente expuesto, en la escritura de cancelación de la opción de compra, y dado que no se ha establecido un precio especial para la opción, se tomará como base el 5 por 100 de la base aplicable al contrato de compraventa al que se equipara, es decir, el 5 por 100 del valor real del inmueble."



La renuncia a la opción de compra: La consulta 57E/11 de la DGTJGC señala que si se hace sin contraprestación es una **donación** a favor del concedente, siendo la base imponible el valor otorgado a dicha renuncia.

2.2. Fiscalidad Directa

En relación a la fiscalidad directa distinguimos entre la que corresponde a las personas físicas (IRPF) y las personas jurídicas (con carácter general Impuesto sobre Sociedades).

1.1.1 Persona Física

En el caso de las **PERSONAS FÍSICAS**, la **concesión** constituye una ganancia patrimonial para el concedente, a integrar en la base general (no del ahorro), por no proceder de la transmisión de ningún elemento patrimonial.

Por su parte, y siendo el **ejercicio** un negocio jurídico diferenciado (como sucede en la fiscalidad indirecta según reiterada jurisprudencia ⁽⁸⁾), se produce con ocasión de la transmisión del inmueble una ganancia/pérdida patrimonial a integrar en la base imponible del ahorro por diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión, descontándose de dicho valor de transmisión el importe de la prima en caso de que se pacte que va a cuenta del precio ⁽⁹⁾.

1.1.2 Persona Jurídica

En el supuesto de una Persona Jurídica, sujeta por lo tanto al Impuesto sobre Sociedades, tanto la **concesión** de la opción como el **ejercicio** de la misma, se incluyen en la cuenta de Pérdidas y Ganancias de la Entidad. En consecuencia se dará un Ingreso por el cobro de la opción de compra en el ejercicio en el que se conceda y será ingreso o gasto la diferencia entre la cantidad percibida por el ejercicio de la opción, y el valor neto contable del inmueble que causa baja en la contabilidad.

Para el que adquiere, sea persona física o jurídica, los importes satisfechos serán “precio de adquisición” del bien adquirido.

Resulta interesante comentar aquí la Consulta Vinculante 2428/2019 que plantea un supuesto de opción de compra que se ejercerá a un “precio simbólico de 1 euro” siempre que se den una serie de condiciones. En este supuesto, la Administración considera que estamos ante un supuesto de transmisión lucrativa, que se devengará en el momento del ejercicio de la opción y en el que el adquirente tributará por Impuesto sobre Donaciones si es Persona Física y constituirá ingreso, sujeto al Impuesto sobre Sociedades, si se trata de Persona Jurídica. Al transmitente se le generará una ganancia/pérdida por diferencia entre el valor de mercado del bien transmitido y su valor de adquisición.

2 Los arrendamientos de inmuebles con opción de compra

En el arrendamiento con opción de compra confluyen tres negocios jurídicos que, a efectos fiscales, son independientes: a) el arrendamiento del bien inmueble; b) la concesión de la opción de compra; y c) la entrega subsiguiente en ejercicio de la opción de compra.

Asimismo, en esta figura hay que distinguir entre el arrendamiento con opción de compra genérico u “operativo”, y el arrendamiento financiero o *leasing* inmobiliario

3.1 El arrendamiento con opción de compra genérico u “operativo”

Aquí también distinguiremos entre los arrendamientos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido y los arrendamientos sujetos a ITPAJD y nos ceñiremos al tratamiento en el supuesto de sujetos pasivos del IVA por tener peculiaridades específicas.

La DGT en sus consultas 2919/2019 y 2930/2019, entre otras, distingue entre que el arrendamiento se califique como ENTREGA de BIENES o como PRESTACIÓN de SERVICIOS, y establece la diferencia en que **exista o no compromiso de ejercitar la opción de compra**: así, si no hay compromiso de ejercicio, nos encontraremos ante una prestación de servicios porque se entiende que no se transmite el poder de disposición. Por el contrario, si existe compromiso de ejercitar la opción, se dará un supuesto de entrega de bienes, y operará **“desde el momento en el que la parte arrendataria se comprometiera al ejercicio de la opción de compra”**.

En el momento de la entrega al ejercer la opción de compra o cuando existe dicho compromiso en su ejercicio, dicha transmisión resultará sujeta a IVA por ser transmisión realizada por sujeto pasivo del Impuesto en el ejercicio de su actividad.

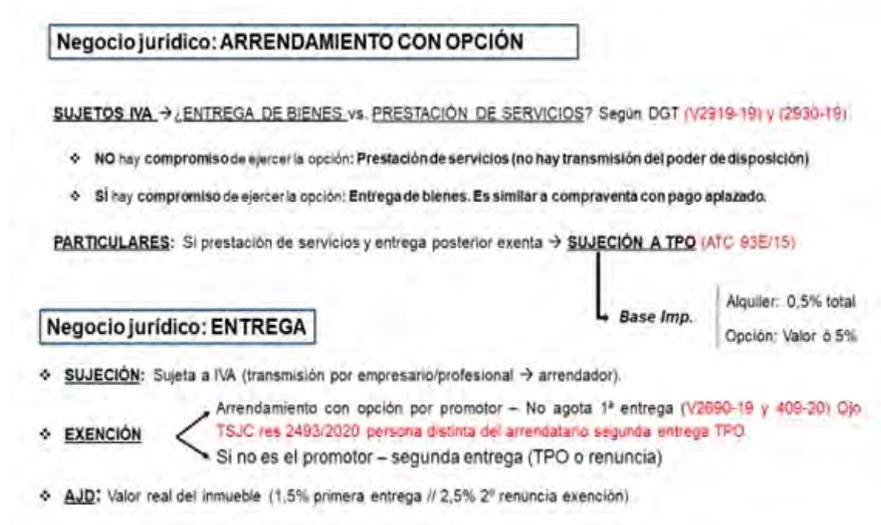
Es importante destacar que el uso del inmueble para el arrendamiento con opción de compra realizado por el promotor no agota la primera entrega, aunque existan diversos y sucesivos arrendatarios (CV 2690/2019), por lo que estará sujeto y no exento de dicho impuesto en la entrega del bien arrendado con opción de compra. Asimismo, la DGT considera que la entrega de un bien inmueble a un tercero distinto del arrendatario con opción de compra, tampoco agota la primera entrega y estará sujeta y no exenta del citado IVA ⁽¹⁰⁾. No obstante, lo anterior, y en contra de lo señalado por la DGT, recientemente el TSJ de Cataluña (Res. 2493/2020) ha resuelto que la entrega a un tercero distinto del arrendatario constituye una segunda entrega, y por tanto exenta de IVA (y sujeta a TPO).



Asimismo, si el concedente es empresario o profesional distinto al promotor de la edificación, la entrega subsiguiente del bien tendrá la consideración de segunda entrega (exenta de IVA).

El AJD que correspondería sería el habitual para estos supuestos, compatible con el IVA, al tipo del 1,5% salvo en supuestos de renuncia a la exención de IVA que sería en 2,5% (en Cataluña)

Cuadro nº 4



3.2 Arrendamiento financiero o *leasing* inmobiliario

Este tipo de contrato tiene una ordenación jurídica propia por el carácter financiero de la operación, según establece la Disposición Adicional 3ª de la Ley 10/2014 (Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito) y son aquellas operaciones que cumplan los siguientes requisitos:

- Tenga por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles;
- Dichos bienes hayan sido adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario;
- La adquisición se realice a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas;
- Los bienes deben quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales;
- Incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario

Desde el punto de vista fiscal, presenta las siguientes particularidades.

En la **FISCALIDAD INDIRECTA**, es calificada como prestación de servicios en los mismos términos que el arrendamiento genérico ⁽¹¹⁾. No obstante, a diferencia de los arrendamientos operativos o genéricos el arrendamiento financiero suele documentarse en escritura pública (tanto la formalización como el ejercicio de la opción). En este sentido, la constitución resultará sujeta a AJD, siendo la base imponible "las cantidades correspondientes a las cuotas periódicas totales" ⁽¹²⁾.

Respecto al devengo del IVA en el supuesto del ejercicio de la opción de la compra puede distinguirse entre:

- **El ejercicio se realice al vencimiento final o al ejercicio anticipado transcurridos al menos 10 años:** Existe en este caso sujeción a IVA como primera entrega. La propia Ley del Impuesto LIVA señala que la exención no se aplica a "las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero". Es necesario el trascurso de más de 10 años de duración.
- **El ejercicio de la opción se realice de forma anticipada antes de 10 años:** Se tratará de una segunda entrega, que estaría sujeta pero exenta de IVA. Cabe la renuncia a la exención del Impuesto y por tanto la inversión del sujeto pasivo. En caso de que no se renuncie a la exención, la operación tributará por TPO. El plazo de 10 años cuenta desde el inicio del contrato, aunque luego haya habido subrogaciones (CV 1377/2016).

Respecto al devengo de la cuota gradual de AJD (compatible con IVA) con ocasión del ejercicio de la opción puede también distinguirse según esta se produzca:

- **Al vencimiento:** Existiendo cierta discrepancia doctrinal respecto a cuál deba ser la base imponible. Hay consultas que consideraban que era el del valor residual (DGTJGC 204E/15). si bien el TEAC (Resol. 2230/2013 de 7 de julio de 2016 y Resol. 6337/2015 de 21 de enero de 2019, Resol. 3902/2017 de 28 de octubre de 2020) indica que la base es "el valor del negocio jurídico documentado en la escritura, y éste no es otro que el precio que se ha fijado entre las partes para, dando fin a la financiación previamente acordada, adquirir el bien en propiedad". En cualquier caso, no se tributa por lo que se haya tributado en la constitución, salvo que la constitución no se hubiera realizado en escritura pública, en

cuyo caso en el ejercicio se aplicará AJD también sobre el importe de las cuotas periódicas.

• En el supuesto de vencimiento anticipado, la base imponible será el valor documentado en la escritura, que es el precio fijado por

las partes para, dando por finalizada la financiación pactada, proceder a la adquisición de la finca en propiedad⁽¹³⁾. No se trata de un ejercicio anticipado de la opción, si hay previa resolución del contrato de arrendamiento y resuelto se procede a la compraventa del edificio, siendo una operación sujeta y exenta la entrega del inmueble⁽¹⁴⁾.

Cuadro nº 5

Se trata de una prestación de servicios (como arrendamiento ordinario) . Devengo sucesivo

CONSTITUCIÓN → **AJD** // Base imponible: Pago por la cesión+cuotas periódicas (K + I) **CV2549-17**, 178-17

IVA – EJERCICIO OPCIÓN

- Al **vencimiento (10 AÑOS) o tras 10 años**: 1ª ENTREGA – IVA Directo (no aplica exención)
 - **Anticipado antes de 10 años**: segunda entrega. Exenta → TPO o renuncia (**V1635-16**)
- Los 10 años imprescindibles, cuentan desde el inicio del contrato, aunque luego haya subrogaciones, **CV 1377-16**

AJD – EJERCICIO OPCIÓN

- Base imponible $\left\{ \begin{array}{l} \text{ATC (204E/15) Valor Residual} \\ \text{TEAC (Res 2230/13) refiere al precio fijado por las partes} \end{array} \right.$

En cuanto a la **FISCALIDAD DIRECTA**, si el arrendador es Persona Física (no leasing) integrará en arrendamiento en la declaración de su impuesto personal como rendimiento de capital inmobiliario⁽¹⁵⁾.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que de cara a futuras transmisiones, la transmisión del inmueble por la persona física que lo adquirió mediante leasing (como arrendatario financiero), se considerará como valor de adquisición su valor neto contable (valor adquisición menos amortizaciones fiscalmente deducibles)⁽¹⁶⁾.

Por último, una cuestión a mencionar es el **tratamiento fiscal de la transmisión de edificaciones a empresas de arrendamiento financiero**. En este sentido, la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su art 45.I.B.16, establece la **exención** (a la sociedad de leasing no al vendedor) en la adquisición del inmueble a empresas de arrendamiento financiero, tanto en TPO como AJD, en las que se den las siguientes condiciones:

- 1) El inmueble que se adquiere vaya destinado a arrendamiento con opción de compra a persona distinta del vendedor (no operaciones de *lease back*).
- 2) La transmisión esté sujeta pero exenta de IVA (es decir, el transmitente debe ser sujeto pasivo del IVA).
- 3) La transmisión no se produzca entre personas vinculadas (no vinculación transmitente, adquirente o arrendatario).

En este sentido, si la operación se calificara como de primera transmisión (por tanto sujeta y no exenta de IVA), operaría además del IVA, el correspondiente AJD. Por otra parte, si el transmitente no fuese sujeto pasivo de IVA estaría sujeta a TPO conforme la norma general y no cabría la exención del impuesto.

3. La opción de compra sobre valores

El hecho de que la opción de compra otorgada recaiga sobre valores plantea una particularidad en el caso de la imposición indirecta, ya que la fiscalidad indirecta de la opción sigue a la fiscalidad de la entrega de los valores.

Como es conocido, la compraventa de valores en general, está exenta tanto de IVA como de TPO. Se da la excepción en los supuestos contenidos en el artículo 314 de la Ley de Mercado de Valores (antiguo 108LMV), que aplica la norma antielusión fiscal de sociedades, cuando lo transmitido en realidad sean inmuebles no afectos a actividades económicas y bajo determinados supuestos.

Aunque el derecho de opción de compra se califica como prestación de servicios a efectos del IVA, es también hecho imponible en el TPO y el artículo 14.2 la Ley del Impuesto señala que *“Las promesas y opciones de contratos sujetos al impuesto serán equiparadas a éstos, tomándose como base el precio especial convenido, y a falta de éste, o si fuere menor, el 5 por 100 de la base aplicable a dichos contratos”*. De la lectura del citado artículo cabe concluir que si la compraventa de valores está exenta de TPO, el derecho de opción de compra sobre los citados valores, también gozará de la exención. Extremo sobre el que se ha manifestado el TEAC en Resolución 152/1987 en recurso de alzada para unificación de criterio⁽¹⁷⁾, al señalar que la equiparación de las opciones a las operaciones principales alcanza también a la exención⁽¹⁸⁾.

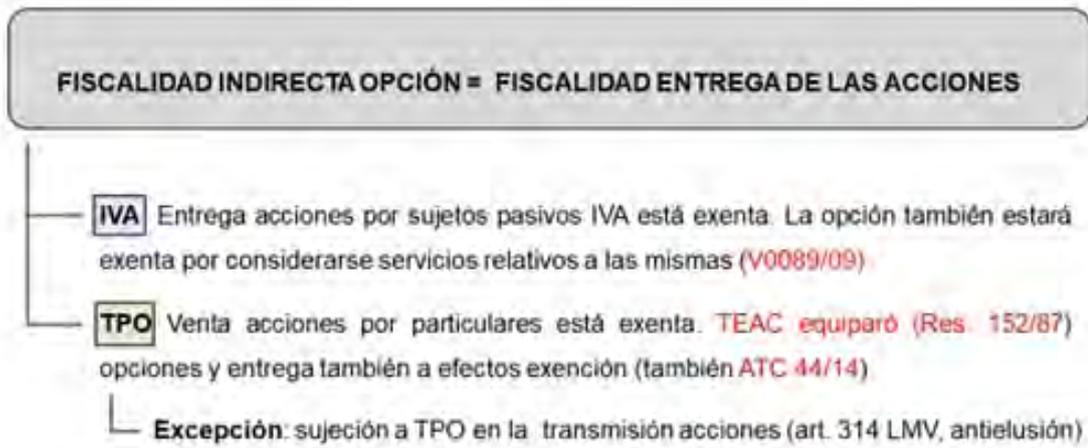
Y al contrario, si la transmisión de valores está sujeta a TPO, por encubrir la transmisión de inmuebles, la opción de compra, igualmente, estaría sujeta a TPO. En otras palabras, la fiscalidad de la operación principal “arrastra” la de la accesoria (opción de compra).



En este sentido, y en relación al IVA, la transmisión de unas acciones por sujetos pasivos de IVA se considera una operación exenta de IVA, por lo que la concesión de la opción de compra también estará exenta al considerarse “servicios relativos a las mismas”⁽¹⁹⁾.

En ambos impuestos (IVA y TPO) se da la excepción: Si la transmisión de acciones está sujeta a TPO por aplicación de la norma anti-fraude del art. 314 de la LMV, no se produce la exención.

Cuadro nº 6



En la fiscalidad directa son aplicables las precisiones generales sobre las ganancias patrimoniales realizadas en relación a las opciones de compra sobre inmuebles. Cuestión distinta es la fiscalidad asociada a ciertos mecanismos de retribución a empleados basados en acciones, y cuya fiscalidad guarda relación con esa naturaleza de retribución laboral/profesional (*stock options* y similares).

NOTAS

- (1) En el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada, dependiendo su perfección de la decisión del optante (STS 2 de julio de 2008)
- (2) Convenio expreso de las partes para que se inscriba. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Plazo máximo para el ejercicio de la opción de 4 años.
- (3) Véase Consulta de la DGT V2877/2019.
- (4) En la primera entrega por IVA directo al 21% (locales, naves, terrenos) y 10% (viviendas) y AJD al 1,5%. En segundas entregas, operación exenta de IVA y sujeta a TPO. Cabe la tributación por IVA si hay renuncia a la exención, con inversión del sujeto pasivo y tributando por AJD (en Cataluña en este supuesto al 2,5%).
- (5) Véanse consultas de la DGT V0012/18 y 1013/04.
- (6) Véase consulta de la DGTJGC, 398E/09
- (7) Véase Consulta DGT V0102/2020,
- (8) Véase STS 141/2014.
- (9) Véase Consulta DGT V3065/18. Recientemente, el TS en Sentencia de 18 de mayo de 2020, ratificada por sentencia posterior de 7 de septiembre de 2020, ha confirmado esta doble tributación y su calificación (concesión

de la Opción de Compra se integra en base general y ejercicio de la Opción de Compra se integra en base del ahorro).

- (10) Véase Consulta DGT V2409/2020.
- (11) La AN señala en su sentencia de fecha 11/2/2004 que “un arrendamiento financiero en el que no existe compromiso por parte del arrendatario de ejercitar la opción de compra al finalizar el mismo, debe calificarse como prestación de servicios, con devengo del IVA en forma sucesiva, a medida que se producen los vencimientos de las cuotas arrendaticia”.
- (12) Véase DGT CV 2549/2017 que indica que “la base imponible incluye tanto la parte correspondiente a la recuperación del coste o valor del bien inmueble, como la parte de los intereses financieros”
- (13) TEAC 7-7-16. Y TEAC 21/01/2019: La base imponible de la operación es la transacción acordada y documentada en la escritura, en ningún caso el valor residual, valor que ni forma parte de la transacción acordada ni consta en el documento, al haberse ejercitado la opción de compra antes del plazo de duración previsto en el contrato de arrendamiento financiero.
- (14) Véase STS de 11 de junio de 2012.
- (15) Véase Consulta DGT V2599/2019.
- (16) Véase Consulta DGT V3156/2019
- (17) “Consecuentemente, si el contrato proyectado goza de exención los negocios previos de promesa y de opción también gozan de la misma exención y eso es lo que sucede en el caso planteado, en el que la exención del artículo 48.l b) 16, aplicable al contrato proyectado, una compraventa de terrenos para construir viviendas de protección oficial, se extiende a la previa opción de compra. Ello no es interpretación extensiva sino literal del artículo 14.2, que de esta forma recoge la exención de que venían gozando estos negocios en el antiguo texto refundido.”
- (18) Véanse Consulta DGTJGC 44/14 y 212E/14
- (19) Véase Consulta DGT V0089/2009.

Sentencias del Tribunal Supremo

Fecha desde enero a abril 2021

Redacción Lefebvre

PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

CLÁUSULAS DE AMORTIZACIÓN E INTERESES

Carácter no abusivo de cláusula de préstamo hipotecario referenciado al IRPH-Entidades

Ref EDE 2020/698657. STS 1ª, de 06 noviembre 2020. Rec. 3990/2016. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Vivienda de protección oficial. Préstamo referenciado al IRPH-Entidades. Control de transparencia y abusividad. El Pleno de la Sala 1ª TS declara por unanimidad que no es abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario, para financiar la adquisición de una vivienda de protección oficial, que establece el tipo de interés referenciado al IRPH-Entidades. La Sala aplica la doctrina del TJUE y su propia jurisprudencia según la cual, la transparencia que impide la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, está vinculada con la información que permite al consumidor prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato. Pero esto no supone que el predisponente tenga una obligación de asesoramiento sobre las distintas posibilidades de financiación por parte de esa entidad o de otras de la competencia. Por tanto, el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para este tipo de viviendas en su normativa reguladora no puede considerarse como una actuación contraria a las exigencias de la buena fe (FJ 3).

ITER PROCESAL: Se inicia el presente procedimiento por un consumidor que se había subrogado en un préstamo concedido para financiar una VPO solicitando la nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula que establecía como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado. Esta pretensión fue desestimada en primera y en segunda instancia así como también ahora en casación. El TS, ante la alegación por el recurrente de que no fue advertido de la posibilidad de obtener una financiación distinta a la contratada, señala que él se adhirió a una

condición general que establecía la aplicación del régimen de financiación previsto en una norma reglamentaria cuyo tipo de interés ha sido revisado periódicamente, circunstancia esta que permite considerar que tenía a su disposición suficiente información sobre los elementos configuradores de la financiación que contrataba y de la carga económica y jurídica que tal financiación le suponía.

Cláusulas indeterminadas sobre amortización e intereses en hipoteca tranquilidad

Ref EDE 2020/697085. STS 1ª, de 27 octubre 2020. Rec. 282/2018. Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Hipoteca tranquilidad. Cláusulas indeterminadas sobre amortización e intereses. Control de incorporación y transparencia. Declara el TS la validez de las cláusulas sobre amortización y fijación de intereses pactados, tanto en el período de interés fijo como en el de interés variable, pues no hay ninguna dificultad para su comprensión habiendo superado el control de incorporación y el de transparencia. Tanto la falta de precisión del plazo exacto de duración del préstamo (dentro del límite de los 40 años) y del número exacto de cuotas mensuales de amortización, como la posibilidad de que el importe del capital aumente en caso de que se produzca la capitalización de los intereses vencidos que excedan del importe de la cuota fija establecida, responden a la naturaleza de la modalidad del préstamo pactado, por lo que la relativa indeterminación inicial de tales extremos es la imprescindible para adaptarse a dicha modalidad, sin que quepa atribuir dicho déficit de información a una falta de transparencia de las cláusulas litigiosas. Aparte de que esa relativa indeterminación de algunos extremos (fundamentalmente, el plazo) se compensa con la total determinación del importe de la cuota mensual, pese a que, a partir de un determinado momento, el interés pasa a ser variable con el consiguiente re-cálculo de las cuotas hipotecarias (FJ 4-7).

ITER PROCESAL: El presente procedimiento se inicia por las prestatarias de un préstamo con garantía hipotecaria denominado "hipoteca tranquilidad" que impugnaron las cláusulas sobre devolución del capital en el plazo y forma pactados y el pago de los correspondientes



intereses remuneratorios. Tanto el Jdo. 1ª Instancia nº 4 de Santander, como la AP Cantabria y ahora el TS mantienen la validez de las mismas al haber superado el control de incorporación y transparencia, pues las adherentes tuvieron la posibilidad de conocerlas, al estar incluidas en la escritura pública y ser gramaticalmente comprensibles dada la sencillez de su redacción, y las estipulaciones concretan con precisión el régimen de amortizaciones y determinación de intereses.

GASTOS DE TASACIÓN

Abono de los gastos de tasación por la entidad prestamista en préstamos anteriores a Ley de contratos de créditos inmobiliarios

Ref EDE 2021/501391. STS 1ª Pleno, de 27 enero 2021. Rec. 1926/2018 Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

RESUMEN: Préstamo hipotecario. Gastos de tasación. El Pleno de la Sala 1ª TS resuelve que en los préstamos hipotecarios anteriores a la Ley de contratos de créditos inmobiliarios, los gastos de tasación corresponden a la entidad prestamista, no al prestatario. Conforme a la jurisprudencia del TJUE, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabe negarle la devolución de las cantidades abonadas por tal concepto (FJ 2).

ITER PROCESAL: El prestatario de un préstamo con garantía hipotecaria acciona contra Liberbank S.A. solicitando la nulidad de la cláusula quinta del contrato, denominada «Gastos a cargo de los prestatarios», pretensión estimada, tanto en primera, como en segunda instancia, condenando a la entidad bancaria a la devolución de todos los gastos abonados por aquel. El TS, estimando parcialmente la casación del banco, deja sin efecto la condena al pago del IAJD, reduce a la mitad la de los gastos notariales y mantiene la devolución de los gastos registrales, de gestoría y de tasación. Respecto de estos últimos, ordena su devolución por ser un préstamo hipotecario anterior a la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito Inmobiliario, añadiendo que en los posteriores el gasto será a cuenta del prestatario.

CONDENA EN COSTAS DEL PRESTAMISTA

Abono de las costas por los bancos en litigios sobre cláusulas abusivas ganados por consumidor

Ref EDE 2020/657693. STS 1ª Pleno, de 17 septiembre 2020. Rec. 5170/2018 Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Costas. Litigios sobre cláusulas abusivas. Inaplicabilidad de la excepción al principio del vencimiento objetivo. El Pleno de la Sala 1ª TS, reiterando su doctrina sobre el principio de efectividad del Derecho de la UE, condena a la entidad bancaria al pago de las costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en que la demanda del consumidor resulta estimada, inaplicando así la excepción a la regla general del vencimiento objetivo por la existencia de serias dudas de derecho. Si por esa excepción el consumidor, pese a vencer en litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva cuya nulidad ha sido declarada y no quedaría indemne. Se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en

los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas (FJ 3).

ITER PROCESAL: Reclamaron los demandantes la nulidad de determinadas cláusulas de un préstamo multivisa que habían concertado con el Banco Popular Español S.A. para adquirir una vivienda. Esta pretensión fue desestimada en primera instancia con una condena en costas y estimada por la AP Madrid sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias, por las dudas de derecho sobre la normativa aplicable a este tipo de préstamo. Este pronunciamiento de la AP se recurre en casación por los demandantes pues infringe el principio de efectividad del Derecho de la UE y el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas. El Pleno del TS estima el recurso ya que al aplicarse el principio del vencimiento objetivo, no obstante la estimación íntegra de la demanda, se han vulnerado los derechos que los recurrentes ostentan como consumidores, quienes deben ser protegidos de manera efectiva frente a las cláusulas abusivas, con completo resarcimiento de los perjuicios sufridos con el fin de restablecer la situación de hecho y de derecho que se habría dado de no haber existido las mismas.

Condena en costas al banco por mala fe al allanarse tras rechazo de reclamación extrajudicial del prestatario

Ref EDE 2021/501920. STS 1ª Pleno, de 27 enero 2021. Rec. 1358/2018 Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Cláusula suelo. Reclamación extrajudicial. Allanamiento del banco. Condena en costas. El Pleno de la Sala 1ª TS, en un pleito sobre cláusula suelo, impone las costas a la entidad bancaria que se allanó a una demanda judicial tras rechazar una reclamación extrajudicial del consumidor que tenía el mismo contenido. El rechazo de la solicitud a la entidad financiera para que dejara de aplicar la cláusula suelo y devolviera lo indebidamente cobrado por su aplicación, allanándose posteriormente, denota la existencia de mala fe, lo que justifica su condena en costas (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: Es demandada en este procedimiento Ibercaja, como sucesora de la entidad prestamista, por desestimar una reclamación extrajudicial del prestatario solicitando la nulidad de la cláusula suelo por falta de información en las negociaciones previas a su subrogación en un préstamo hipotecario. Allanada posteriormente la entidad bancaria, ni el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almedralejo ni la AP Badajoz la condenaron en costas, por no realizar el prestatario una nueva reclamación extrajudicial tras la entrada en vigor del RDL 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Es rechazado este pronunciamiento por el TS, pues concurre el supuesto de hecho que dicha norma prevé como presupuesto para la condena en costas: el consumidor reclamó a la entidad financiera, esta rechazó la reclamación y posteriormente se allanó a la demanda del consumidor.

HIPOTECA POR MANDATO REPRESENTATIVO

Hipoteca constituida por un hijo sobre un inmueble de sus padres en base a un poder general otorgado por estos

Ref EDE 2020/674971. STS 1ª, de 28 septiembre 2020. Rec. 353/2018. Ponente: Dª María de los Angeles Parra Lucán

RESUMEN: Préstamo hipotecario. Mandato representativo: actos de riguroso dominio. Rechaza el TS la nulidad de una hipoteca constituida

por un hijo sobre la base de un poder no revocado otorgado por sus padres, propietarios del inmueble hipotecado. Considera que en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio, como es hipotecar, no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas, bastando con que estas se refieran genéricamente a los bienes del poderdante. De los hechos acreditados no resulta ningún dato que permita sostener que haya habido extralimitación del poder ni un ejercicio incorrecto, abusivo o desviado de las facultades de representación conferidas al hijo apoderado. Al contrario, la hipoteca que pretende anularse se enmarca en la autorización de los padres dirigida a apoyar al hijo en sus negocios, garantizando con sus bienes la financiación que este necesitaba (FJ 2).

ITER PROCESAL: Los demandantes que iniciaron el procedimiento accionaron contra Kutxabank S.A., solicitando la nulidad de la hipoteca que su hijo, haciendo uso de un poder, había constituido sobre la vivienda propiedad de aquellos para garantizar la financiación que necesitaba para sus negocios. Alegaban insuficiencia del poder para hipotecar sin especificar la finca concreta, así como abuso de poder. Tanto en primera instancia, como en apelación y ahora en casación se desestima la pretensión pues la hipoteca fue constituida haciendo uso de un poder no revocado que incluía expresamente la facultad de formalizar pólizas de crédito y constituir hipotecas, aun cuando existiera contradicción de intereses o autocontratación, y aun cuando no se especificasen los bienes concretos a los que tal facultad se refiere, aparte de que tampoco constaba que existieran otros bienes de los demandantes susceptibles de ser hipotecados. Además, no se aprecia que el hijo mandatario hiciera un uso abusivo del poder, sino que su actuación se enmarca en la autorización de sus padres dentro de la mayor normalidad de ayudarle en sus negocios.

DOMICILIACIÓN DE RETRIBUCIONES DEL PRESTATARIO

Límites a la domiciliación de retribuciones salariales del prestatario en una cuenta de pago

Ref EDE 2020/672164. STJUE 5ª, de 15 octubre 2020. Asunto C-778/18

RESUMEN: Consumidores. Préstamos para inmuebles residenciales. Domiciliación de retribuciones salariales del prestatario: límites. El TJUE, en el marco de contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, no permite que una normativa nacional autorice al prestamista, cuando concluye un contrato de este tipo, a obligar al prestatario, a cambio de una ventaja individualizada, a domiciliar todas sus retribuciones salariales o ingresos asimilados en una cuenta de pago abierta en la entidad de dicho prestamista con independencia del importe, de los plazos y de la duración del préstamo. En cambio, sí permite esta posibilidad si la domiciliación impuesta no se refiere a todas las retribuciones salariales del prestatario, sino solo a lo necesario para ofrecer al prestamista determinadas garantías en caso de impago, pudiendo llegar a una duración de diez años o a cubrir toda la duración del contrato, si esta fuera inferior. De lo contrario se iría contra el objetivo de movilidad bancaria de los consumidores, en particular en los casos en que desee celebrar varios préstamos con diferentes prestamistas (FJ 33-64).

ITER PROCESAL: Conoce el TJUE la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés cuyo objeto la interpretación de los arts. 55 de Dir. 2366/2015 y 45 de Dir. 64/2007, ambas sobre servicios de pago en el mercado interior, arts. 9 a 14 de Dir. 92/2014, sobre la com-

parabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas y arts. 12.2.a y 12.3 de Dir. 17/2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Se planteó en el contexto de un litigio entre la Asociación Francesa de Usuarios de Bancos y el Ministro de Economía y Hacienda francés, en relación con la legalidad de un decreto por el que se fija el plazo durante el cual el prestamista puede obligar al prestatario a domiciliar sus retribuciones salariales o ingresos asimilados en una cuenta de pago. Resuelve el TJUE que solo es acorde con la legislación europea la obligación de domiciliación exigida al prestatario para la concesión del préstamo si va referida, no a todas sus retribuciones o ingresos, sino solo a los necesarios para garantizar el reembolso del crédito o con el fin de agrupar recursos para la obtención de este y siempre teniendo en cuenta el importe, los plazos y la duración del préstamo. Y, en cuanto al plazo de duración de dicha obligación, no contempla la normativa europea ninguna limitación, por lo que podría ser igual a la duración del préstamo, si bien los Estados miembros podrán adoptar decisiones más estrictas con el fin de garantizar un elevado grado de protección de los consumidores.

DERECHOS FUNDAMENTALES

TUELA JUDICIAL EFECTIVA

Imposible uso de pruebas biológicas en impugnación de filiación paterna fijada en sentencia penal firme

Ref EDE 2020/655485. STS 1ª Pleno, de 07 septiembre 2020. Rec. 2086/2019 Ponente: Dª María de los Angeles Parra Lucán

RESUMEN: Filiación paterna fijada en sentencia penal firme. Impugnación. Deniega el Pleno del TS la posibilidad de impugnar, con base en la disp. trans. 6ª Ley 11/1981, una paternidad fijada por sentencia penal firme antes de su entrada en vigor, cuando ha transcurrido el plazo de cuatro años previsto para ejercitar la acción. No se aprecia en esta negativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la imposibilidad de usar las pruebas biológicas recogidas en la cita disposición y que no podían solicitarse en el momento en que quedó determinada la filiación. Debería haberse ejercitado la acción dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor de la norma (FJ 3). Formula voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ITER PROCESAL: Impugna el demandante su paternidad que había sido declarada en 1968 por sentencia penal firme que le condenó por estupro y determinó la filiación de la hija nacida de la víctima del delito. Su petición fue desestimada, tanto en primera como en segunda instancia, así como también ahora por el Pleno de la Sala 1ª del TS, pues el uso de las pruebas biológicas recogidas en la disp. transitoria 6.ª de la Ley 11/1981, a las que los tribunales conceden una alta fiabilidad, en un supuesto de filiación determinada antes de su entrada en vigor, debería haberse reclamado dentro de los cuatro años siguientes y la demanda se interpuso en enero del 2017, es decir, cuando había transcurrido ya el plazo de ejercicio de la acción, por lo que no puede apreciarse vulneración de la tutela judicial efectiva.



Alteración no justificada de los apellidos de una menor tras filiación paterna fijada judicialmente

Ref EDE 2020/745146. STC 2ª, de 14 diciembre 2020. Rec. 6318/2017. Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

RESUMEN: Tutela judicial efectiva: óbice procesal. Orden de los apellidos: interés superior del menor. El TC aprecia vulneración de la tutela judicial efectiva, en relación al derecho a la propia imagen y a la protección integral de los hijos, de una madre, en representación de su hija, que solicitó la no alteración de sus apellidos tras filiación paterna declarada judicialmente. El principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia, cuya tramitación debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental. Así, la existencia de una pretendida extemporaneidad en la petición materna no es óbice para resolver la cuestión de fondo relativa al orden de los apellidos de la menor y debería haberse justificado razonadamente el beneficio que para ella suponía su alteración respecto a la situación jurídica y de hecho de la que ya gozaba, teniendo en cuenta que el derecho al nombre integra su personalidad (FJ 3).

ITER PROCESAL: Acoge el TC el amparo de una madre por vulneración de la tutela judicial efectiva, en relación al derecho a la propia imagen y a la protección integral de los hijos, a la que tras estimación de su demanda de filiación paterna con fijación de los apellidos de su hija, se le denegó por la AP Madrid y el TS mantener el apellido materno en primer lugar, sobre la base de que esa petición fue presentada extemporáneamente. Esto no es obstáculo para pronunciarse sobre cuál debe ser el orden de los apellidos de la menor por lo que, teniendo en cuenta el interés de esta, retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la sentencia de la AP para, si así lo estima, obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse que la decisión que acuerde respecto al mantenimiento o alteración de los apellidos resulte beneficiosa para la menor, cuyos intereses son prevalentes.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN

Participación política proporcional en debates electorales de televisión privada

Ref EDE 2021/507151. STS 3ª, de 25 febrero 2021. Rec. 258/2019. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

RESUMEN: Libertad de expresión y comunicación de información. Televisión privadas. Debates electorales: proporcionalidad. El TS no aprecia vulneración de la libertad de expresión y a comunicar libremente información veraz de una cadena privada de televisión a la que se le prohibió celebrar un debate electoral tal cual había programado por infringir el principio de proporcionalidad que deben observar las televisiones privadas durante los períodos electorales. El criterio imperativamente impuesto por la normativa exige tener particularmente en cuenta los resultados obtenidos por cada formación política en las últimas elecciones equivalentes, de forma que no se trata de introducir ninguna barrera de entrada en los debates a nuevos partidos, sino de que su participación no excluya la de los que tienen derecho a intervenir, garantizando así los derechos de minorías representadas en el Congreso de los Diputados y preservando la igualdad entre los competidores en las elecciones (FJ 6).

ITER PROCESAL: Interpuso el presente recurso contencioso administrativo Atresmedia contra el acuerdo de la Junta Electoral Central que, en

vísperas de las elecciones generales del 2019, estableció que la cadena no podía celebrar un debate a cinco en los términos en que estaba previsto. Acogió así las reclamaciones de las formaciones políticas Coalición Canarias, Junts per Catalunya y EAJ-PNV que consideraban que la presencia de Vox en el debate era contraria a los principios de pluralismo político, igualdad y proporcionalidad y solicitaron que no se celebrara si no eran invitados o si no se les ofrecía una compensación equivalente. El TS desestima el recurso de la cadena privada y no aprecia vulneración de la libertad de información ni del principio de proporcionalidad en la limitación de los derechos fundamentales, pues la JEC no prohibió la celebración del debate ni tampoco la presencia en él de Vox, sino que reconoció el derecho a participar a las formaciones políticas reclamantes y que tenían representación parlamentaria, preservando así la igualdad entre los competidores en las elecciones.

Manifestaciones en programas de crónica social referidas a persona con proyección pública fallecida

Ref EDE 2020/755431. STS 1ª, de 21 diciembre 2020. Rec. 252/2020. Ponente: Dª María de los Angeles Parra Lucán

RESUMEN: Libertad de expresión. Manifestaciones en programas de crónica social. Persona pública fallecida. El TS hace prevalecer la libertad de expresión sobre el derecho al honor, intimidad y propia imagen de una persona pública fallecida por las expresiones vertidas por colaboradores en programas de crónica social. Este tipo de programas, en su versión más agresiva, son tolerados socialmente y seguidos por una gran parte de la población, y esta circunstancia debe ponderarse a la hora de no negar el interés que tienen para un sector social, porque uno de los factores delimitadores de la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen es el constituido por los "usos sociales", máxime cuando las expresiones se hacen en un contexto de debate sobre temas suscitados principalmente por un familiar de la persona fallecida a lo largo de sus intervenciones sin que conste una actitud activa de reproche ante los mismos por parte de otro familiar que reclama la protección (FJ 5).

ITER PROCESAL: Se reclama en el presente proceso la protección "post mortem" de la memoria de una conocida periodista a raíz de las expresiones realizadas en programas de crónica social a los que acudió, a iniciativa propia, primero como invitada y después como colaboradora, una de sus hijas. Demanda su otra hija a los demás colaboradores de los programas (no a su hermana), a los directores, a la productora y a la titular del medio de comunicación, siendo desestimada su pretensión en ambas instancias. El TS, en casación, confirma la prevalencia de la libertad de expresión teniendo en cuenta que la reputación de un personaje con proyección pública se diluye en gran medida, que no se hablada de la fallecida hasta que la hermana de la demandante rompe su silencio, que este tipo de programas son tolerados socialmente y seguidos por una gran parte de la población, a pesar de la dureza y exceso de las expresiones utilizadas en los mismos, que deben valorarse en su contexto, y por el comportamiento omisivo de la recurrente respecto de la participación de su hermana en los programas, a la que no se opuso en ningún momento.

LIBERTAD PERSONAL

Prisión provisional sin respetar la forma ni las garantías procedimentales

Ref EDE 2020/756143. STC 2ª, de 14 diciembre 2020. Rec. 4194/2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

RESUMEN: Derecho fundamental a la libertad personal. Prisión provisional: forma y garantías procedimentales. Aprecia el TC vulne-



Sentencias

ración del derecho fundamental a la libertad personal del recurrente de amparo por haberse adoptado su prisión provisional sin observar la forma prevista en el ordenamiento y sin respetar las garantías procedimentales mínimas que exige la jurisdiccionalidad de la medida. El procedimiento seguido para acordar la prisión no ha respetado las garantías legales de información y acceso a los elementos esenciales de las actuaciones ni las garantías de contradicción e igualdad de armas. Ni el recurrente ni su letrado han tenido oportunidad de conocer con un mínimo de precisión los términos de la petición de prisión del Ministerio Fiscal y no han podido acceder a las actuaciones en que se asienta para alegar eficazmente sobre la legalidad de la medida ante el juez instructor que por primera vez decide sobre su situación personal. Tampoco han tenido conocimiento y acceso idóneos a las observaciones y base documental esgrimidas por la parte acusadora al oponerse al recurso de apelación, necesarios para cuestionar la legalidad de la prisión acordada ante el tribunal de apelación (FJ 2-10).

ITER PROCESAL: El recurrente de amparo fue privado cautelarmente de libertad por el Jdo. de Instrucción núm. 41 de Madrid, con confirmación posterior de la AP, por estimar que existían indicios de comisión de un delito de blanqueo de capitales, riesgo de fuga y reiteración delictiva por su parte. El TC estima vulnerada su libertad personal por adoptarse la prisión preventiva sin que tuviese toda la información y el acceso a las actuaciones precisos para valorar e impugnar eficazmente la solicitud y posterior adopción de la medida, cuestionando tanto la forma como las razones de la misma.

DISCRIMINACIÓN

Exclusión de las universidades privadas del sistema de becas y ayudas de estudio previsto para las públicas

Ref EDE 2020/759466. STC Pleno, de 17 diciembre 2020. Rec. 5099/2018 Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

RESUMEN: Derecho de igualdad. Universidades privadas. Becas y ayudas al estudio. El Pleno del TC por unanimidad declara vulnerado el derecho de igualdad de las universidades privadas, en relación con su derecho fundamental a la creación de centros docentes, al excluirlas del sistema de becas y ayudas al estudio previsto para las públicas. La exclusión de los alumnos matriculados en las universidades privadas y de las enseñanzas que se imparten en las mismas del régimen de becas introduce una diferencia entre las universidades del sistema universitario que carece de la justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa debe poseer para ser considerada legítima. Dicha exclusión afecta, tanto al derecho de las universidades privadas a crear instituciones educativas, como al derecho de los estudiantes a la educación, teniendo en cuenta la relación existente entre los mismos, pues no pueden entenderse los derechos educativos de los estudiantes sin la referencia a las instituciones educativas en las que cursan sus estudios, ni los derechos educativos de las instituciones educativas, en este caso, de la universidad, sin atender a los estudiantes que conforman la comunidad universitaria. En consecuencia, declara la nulidad de los incisos "públicas" del art. 2.1 Orden 21/2016, que establece las bases para la concesión de las becas para la realización de estudios universitarios en las universidades de la Comunidad Valenciana, así como la nulidad del art. 2.3 (FJ 5 y 6). Formulan voto particular los Excmos. Sres. Magistrados D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. Juan Antonio Xiol Ríos y D^a María Luisa Balaguer Callejón.

ITER PROCESAL: Promueve recurso de amparo la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir en relación con la Orden de la Consejería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, de la Generalitat Valenciana 21/2016, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las becas para la realización de estudios universitarios. Alega vulneración de su derecho a la igualdad, en relación con su derecho a la creación de centros docentes, por excluir su art. 2 a las universidades privadas del acceso a las becas y ayudas de estudio previsto para las públicas. Se acoge esta pretensión por el TC, tras haber sido rechazada, tanto en primera instancia por el TSJ Valencia, como ante el TS, pues la orden establece una desigualdad de trato contraria a lo dispuesto en la legislación básica, por lo que anula el término "públicas" reflejado en el apartado primero y anula el apartado tercero del citado artículo.

Inexistencia de discriminación racial al negar pensión de viudedad a mujer casada por el rito gitano

Ref EDE 2021/503197. STC 2^a, de 25 enero 2021. Rec. 1343/2018. Ponente: D^a Encarnación Roca Trías

RESUMEN: Inexistente discriminación por razón de etnia. Pensión de viudedad. Matrimonio por el rito gitano. Declara el TC que no hay discriminación por razón de raza al negar la pensión de viudedad a una mujer casada por el rito gitano. La unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio con efectos de validez civil y tampoco se ha equiparado con las uniones de hecho debida y legalmente formalizadas. Al no existir un vínculo matrimonial válido en Derecho ni tampoco formalización de una pareja de hecho de acuerdo con lo prescrito en la ley, no concurre una forma de discriminación sino una consecuencia ordinaria de la propia decisión personal, libre y voluntaria de no acceder a alguna de aquellas fórmulas de constitución en Derecho para establecer el vínculo (FJ 5 y 6). Formula voto particular el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.

ITER PROCESAL: La demandante de amparo accionó contra la SS por denegarle pensión de viudedad tras fallecimiento de su pareja con la que estuvo conviviendo al menos quince años y con la que tuvo cinco hijos. El Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén desestimó su demanda por no haberse constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho al menos dos años antes del fallecimiento. El TSJ Andalucía, sin embargo, dio la razón a la demandante ante la creencia de la misma en la validez y eficacia de su matrimonio contraído bajo el rito gitano. Este pronunciamiento fue anulado en casación por el TS dado que el libro de familia es un documento que acredita el matrimonio y la filiación de los hijos, pero no la existencia de pareja de hecho, por lo que no se habrían cumplido los requisitos legales necesarios para cursar derecho a pensión. De este mismo parecer es el TC que deniega el amparo solicitado ante la inexistencia de vínculo matrimonial válido en Derecho y falta de formalización de pareja de hecho conforme a lo previsto en la ley, por lo que no aprecia discriminación directa de la etnia gitana.

Inexistente discriminación por motivos religiosos en asistencia sanitaria transfronteriza denegada a testigo de Jehová

Ref EDE 2020/687625. STJUE 2^a, de 29 octubre 2020. Asunto C-243/19

RESUMEN: Seguro de enfermedad: asistencia sanitaria transfronteriza. Autorización. Discriminación por motivos religiosos. Resuelve el TJUE la cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de



los arts. 20.2 Rgto. 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, 8.5 y 6 d) Directiva 2011/24, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, 56 TFUE y 21.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Se plantea en un litigio en el que se denegó una autorización que permitiese al hijo de un asegurado recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro, con cargo al presupuesto de su Estado de residencia. El Tribunal permite que este deniegue la autorización cuando en ese Estado miembro está disponible un tratamiento hospitalario cuya eficacia médica no se pone en duda, pero las creencias religiosas del asegurado reprobaban el método de tratamiento empleado (FJ 21-56). En cambio, no permite denegar autorización para el reembolso de los gastos, en esas mismas circunstancias, a menos que esa denegación esté objetivamente justificada por una finalidad legítima relativa al mantenimiento de una capacidad de asistencia sanitaria o de una competencia médica y constituya un medio apropiado y necesario para alcanzarla, circunstancia que habrá de comprobar el órgano jurisdiccional remitente. En tales circunstancias no podría alegarse discriminación indirecta por motivos religiosos (FJ 65-85).

ITER PROCESAL: Planteó la presente cuestión prejudicial el TS de Letonia cuyo objeto es la interpretación de los arts. 20.2 Rgto. 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, 8.5 y 6 d) Directiva 2011/24, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, 56 TFUE y 21.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. El litigio que da origen al planteamiento de la cuestión enfrenta a un ciudadano y al Ministerio de Sanidad de Letonia en relación con la denegación de una autorización que permitiese al hijo de aquel recibir, en otro Estado miembro, asistencia sanitaria con cargo al presupuesto del Estado letón, pues en su país no era posible sin hacerle una transfusión de sangre, a lo que se negaba por ser testigo de Jehová. Alegaba ser víctima de una discriminación por motivos religiosos que, sin embargo, no es apreciada por el TJUE, pues el sistema sanitario de un Estado no puede tomar en cuenta las creencias religiosas para conceder autorizaciones de asistencia transfronteriza sin comprometer la estabilidad financiera, ya que generaría unos sobrecostes difícilmente previsibles.

Denegación de jubilación anticipada voluntaria no discriminatoria por razón de sexo

Ref EDE 2021/500563. STJUE 8ª, de 21 enero 2021. Asunto C-843/2019

RESUMEN: Discriminación indirecta por razón de sexo. Jubilación anticipada voluntaria. Empleadas de hogar. Resuelve el TJUE la cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del art. 4.1 Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, planteada en un litigio entre el INSS y una empleada de hogar a la que se le denegó una pensión de jubilación anticipada. El citado artículo no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que su importe sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores, siempre que esta consecuencia quede justificada no obstante por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (FJ 18-44).

ITER PROCESAL: El TSJ Cataluña plantea la presente cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 4.1 Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El litigio origen de la misma parte de la negativa del INSS a reconocer una pensión de jubilación anticipada a una empleada de hogar, por no cumplir el requisito de que el importe de su pensión fuera, al menos, de la misma cuantía que la pensión mínima que le correspondería de haberse jubilado a los 65 años. Si bien esta exigencia podría perjudicar más a trabajadoras que a trabajadores, teniendo en cuenta que el 89% de los empleados de hogar en España son mujeres, el TJUE no considera que exista discriminación indirecta por razón de sexo, ya que el objetivo es mantener la viabilidad del sistema de Seguridad Social y alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de vida activa y el transcurrido en situación de jubilación, ya que el acceso sin restricciones a una pensión de jubilación anticipada tendría graves consecuencias para la financiación de ese sistema.

Posible discriminación directa e indirecta por la diferencia de trato entre trabajadores discapacitados

Ref EDE 2021/500674. STJUE Gran Sala, de 26 enero 2021. Asunto C-16/2019

RESUMEN: Discriminación directa e indirecta. Complemento salarial. Trabajadores discapacitados. El TJUE interpreta el art. 2 Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en relación con una práctica empresarial consistente en abonar un complemento salarial a trabajadores discapacitados que presentan certificado de discapacidad con posterioridad a la fecha elegida por el empresario, pero no, en cambio, a los que ya hubieran presentado la certificación antes de esa fecha. Dicha práctica puede constituir una discriminación directa cuando se basa en un criterio indisolublemente vinculado a la discapacidad, en la medida en que puede hacer definitivamente imposible que cumpla este requisito temporal un grupo claramente identificado de trabajadores, cuales son aquellos trabajadores discapacitados cuyo empresario conocía necesariamente la situación de discapacidad en el momento en el que estableció esa práctica (FJ 21-54). Igualmente dicha práctica, aunque aparentemente neutra, puede constituir una discriminación indirecta por motivos de discapacidad si ocasiona una desventaja particular a trabajadores discapacitados en función de la naturaleza de su discapacidad, en particular de su carácter ostensible o de que dicha discapacidad requiera ajustes razonables de las condiciones de trabajo, sin estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y sin que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios (FJ 55-60).

ITER PROCESAL: Interpreta el TJUE el art. 2 Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de Cracovia en la tramitación de un litigio entre un psicólogo con discapacidad moderada y permanente y el hospital donde prestaba servicios. Se trata de resolver si es discriminatoria la práctica instaurada por el hospital de conceder un complemento salarial a los trabajadores que le entregasen un certificado de discapacidad a partir de una fecha. El TJUE aprecia una posible discriminación directa con respecto a los discapacitados conocidos por el empresario antes de esa fecha y una discriminación indirecta, pues perjudicó a determinados trabajadores debido a la especial naturaleza de su discapacidad, sin que esté justificado por la finalidad que la medida perseguía de ahorrar costes en las cotizaciones.



Sentencias

INTIMIDAD DE TRABAJADOR: USO DE GPS

Licitud del uso de GPS en vehículo de empresa para probar un despido procedente

Ref EDE 2020/665083. STS 4ª, de 15 septiembre 2020. Rec. 528/2018 Ponente: Dª María Lourdes Arastey Sahún

RESUMEN: Intimidad del trabajador. Uso de GPS en vehículo de empresa. Despido procedente. El TS considera procedente el despido de una trabajadora que usa el coche de empresa fuera de su actividad laboral, en períodos de baja médica y fin de semana, habiéndose registrado ese uso por un geolocalizador GPS de cuya instalación había sido informada. No se aprecia invasión de su esfera privada, al afectar exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo del que ella era responsable y debía utilizar con arreglo a lo pactado. La Sala considera lícito el uso de estos dispositivos para constatar que el vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa, siempre que el trabajador haya sido informado de ello, tenga restringida la utilización del coche a la actividad laboral y sólo recojan información sobre el movimiento y localización del vehículo (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Jdo. de lo Social nº 4 de Almería calificó como procedente el despido disciplinario de una supervisora en situación de IT por haberse detectado, mediante el sistema de geoposicionamiento con el que estaba dotado el vehículo de empresa del que disponía, una "utilización intensa" del mismo para fines ajenos a la actividad laboral. Revocó este pronunciamiento el TSJ Andalucía (Granada) apreciando la nulidad del despido por vulnerarse la intimidad del trabajador, al hacer uso de los datos obtenidos del GPS para una finalidad distinta a la prevista, en relación a tramos horarios ajenos a su jornada laboral y no siendo conocedora la trabajadora de que el dispositivo se hubiera instalado para un control ajeno a dicha jornada. EITS acoge la casación de la empresa y considera lícitos los datos obtenidos del geolocalizador pues no aprecia invasión de los derechos de la trabajadora ya que era conocedora de que no podía usar el coche fuera de su jornada y de que el mismo era localizable mediante dicho sistema del cual fue informada en su día. Por tanto, incumplió las instrucciones al respecto, dado que en los periodos de descanso laboral de la actora así como durante su situación de baja el GPS debería haber reflejado la inmovilización del vehículo.

Vulneración de la privacidad del trabajador al exigirle la geolocalización a través de su móvil personal

Ref EDE 2021/505587. STS 4ª, de 08 febrero 2021. Rec. 84/2019. Ponente: Dª Mª Luz García Paredes

RESUMEN: Privacidad del trabajador. Sistema de geolocalización. Principio de proporcionalidad. Abuso de derecho. El TS confirma la nulidad de un proyecto empresarial que obligaba al trabajador con categoría de repartidor a aportar su móvil personal con conexión a Internet para instalar en él una app de la empresa con el fin de facilitar su geolocalización durante el reparto. Se vulnera el derecho de privacidad al no superar el juicio de proporcionalidad, pues podía acudir a medidas de menor injerencia en aquel derecho como la implantación de dicho sistema en los vehículos en los que se desplazan los trabajadores para llevar los pedidos o pulseras con dicho dispositivo que sustituyen la aportación de la herramienta por el empleado y no tienen datos de carácter personal, como sería el número de teléfono o la dirección email -precisa para descargar la aplicación- (FJ 2). Además, la empresa

incurre en abuso de derecho, ya que con tal proyecto se quiebra la ajenidad en los medios, al hacer responsable al trabajador de cualquier impedimento en la activación del sistema, mediante la suspensión del contrato con pérdida de salario, siendo insuficiente la compensación económica que, por la aportación del terminal y conexión a Internet, se ha determinado por la empresa (FJ 3).

ITER PROCESAL: La AN estimó la demanda de conflicto colectivo de los sindicatos CCOO y UGT solicitando la nulidad del 'Proyecto Tracker' de Telepizza SAU, pues vulneraba la privacidad de los repartidores, ya que podrían haberse adoptado otras medidas de menor injerencia que la de aportar el móvil personal para ser geolocalizados mediante una app. Confirma el TS la nulidad, en primer lugar, porque el proyecto no superaba el juicio de proporcionalidad, al existir otros medios menos invasivos para conseguir la finalidad de tener un seguimiento del pedido que debe entregar el repartidor al cliente, y, en segundo lugar, porque hubo abuso de poder al hacer responsable al trabajador de cualquier impedimento en la activación del sistema, llegando a establecer causas de suspensión y extinción del contrato, sin que bastara con la compensación económica fijada por la empresa, pues las partes afectadas discrepan razonablemente del quantum asignado y la sentencia de instancia lo calificó de insuficiente.

COVID-19

PROFESIONALES SANITARIOS

Vulneración de los derechos a la vida, salud e integridad de los profesionales sanitarios al inicio de la pandemia

Ref EDE 2020/669144. STS 3ª, de 08 octubre 2020. Rec. 91/2020. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

RESUMEN: Vulneración derechos fundamentales. Profesionales sanitarios. Inactividad sistema de salud. COVID-19. Declara el TS que, al comienzo del impacto de la pandemia por la COVID-19, los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios para hacerla frente lo cual supuso serios riesgos para su vida, salud e integridad vulnerándose con ello estos derechos fundamentales. Las Administraciones Públicas no fueron capaces de dotar a los profesionales de la salud de los medios precisos para afrontar protegidos la enfermedad, incapacidad que es contraria a los fines perseguidos por el Sistema Nacional de Salud y que motivó una elevada incidencia de la enfermedad entre el personal sanitario. No realiza sin embargo ningún juicio de culpabilidad ni imputación de responsabilidad limitándose a constatar que ha existido la afectación de derechos fundamentales, afectación no solo por parte de la Administración del Estado o el Mº de Sanidad contra quien se accionó, sino también de las CCAA, pues el Sistema Nacional de Salud incluye tanto los servicios estatales como los autonómicos (FJ 7). Rechaza, sin embargo, el recurso contra la inactividad del Ministerio por no cumplir los requisitos necesarios (FJ 6).

ITER PROCESAL: La Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) interpone recurso contencioso administrativo, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, contra la inactividad del Mº de Sanidad en lo referente al cumplimiento del art. 12.4 del RD 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus, por no haber puesto a disposición de los profesionales sanitarios los equipos de protección individual necesarios, con la consecuencia de haber



puesto en riesgo sus derechos a la vida, a la integridad física y a la salud. El TS constata que la falta de medios al inicio de la pandemia puso en riesgo a estos profesionales, vulnerando los derechos del art. 15 CE. Esta falta de medios se debió a la incapacidad para suministrarlos del Sistema Nacional de Salud, integrado tanto por los servicios del Estado contra los que se accionó, como por los de las CCAA.

USO OBLIGATORIO DE MASCARILLAS

Inexistente vulneración de derechos fundamentales por prevalecer el interés general de protección de la salud

Ref EDE 2020/717331. STS 3ª, de 20 noviembre 2020. Rec. 140/2020. Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

RESUMEN: Derechos fundamentales. Covid-19: uso obligatorio de mascarillas. El TS considera que el impedimento de contagiarse mediante el uso de mascarillas no lesiona el derecho de integridad física y moral, al impedir obtener inmunidad por medio del contagio, pues en el actual estado de conocimiento de propagación del virus COVID-19, es una medida necesaria y proporcionada para alcanzar y hacer prevalecer el fin de interés general de protección de la salud, ya que puede contener la progresión de la pandemia. No es obstáculo para ello las posibles contraindicaciones de las mascarillas (falta de oxígeno, eritemas, rinitis, etc.) pues los hipotéticos riesgos siempre serán menores que el beneficio de la prevención obtenida, sin perjuicio de excluir su uso obligatorio en ciertos casos (FJ 9). Tampoco aprecia vulneración del derecho al honor y a la propia imagen por sentirse estigmatizado quien rechaza su uso (FJ 10).

ITER PROCESAL: Desestima el TS el recurso contencioso administrativo, en procedimiento especial de derechos fundamentales, interpuesto por un ciudadano contra la Orden SND/422/2020 del Mº de Sanidad, reguladora del uso de la mascarilla durante el coronavirus, interesando su nulidad por vulneración de los derechos a la integridad física y moral, al honor y a la propia imagen. Considera el Alto Tribunal que es una medida legítima y proporcionada, pues los hipotéticos riesgos siempre serán menores que el beneficio de la prevención obtenida, por lo que hace prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos como elemento esencial del interés general al que deben atender los poderes públicos.

SUSPENSIÓN DE CONTRATOS

Validez de ERTE total por COVID-19 autorizado por silencio administrativo positivo en concesionaria de servicio público

Ref EDE 2021/501083. STS 4ª Pleno, de 25 enero 2021. Rec. 125/2020. Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

RESUMEN: Concesionaria de servicio público. ERTE total por COVID-19. Autorización por silencio administrativo positivo. El Pleno de la Sala 4ª del TS declara la validez de la medida empresarial consistente en ERTE de la totalidad de la plantilla por fuerza mayor, debido al estado de alarma por el coronavirus, al entenderla autorizada por silencio administrativo positivo, aun cuando posteriormente recaiga resolución expresa reforzando la calificación y efectos del silencio. Constando la suspensión de un contrato administrativo, la empresa concesionaria de un servicio público no actúa fraudulentamente al solicitar la sus-

pensión total de los contratos laborales, pues estaría totalmente imposibilitada para continuar su actividad. Añade, además, que el ERTE por fuerza mayor es compatible con el derecho de la concesionaria al restablecimiento del equilibrio económico del contrato (FJ 6).

ITER PROCESAL: Formuló demanda de conflicto colectivo la Federación Estatal de Enseñanza de CCOO en impugnación de la suspensión colectiva (ERTE) de contratos de trabajo en una empresa titular de diversos centros de educación infantil, solicitando su nulidad o su falta de justificación. La AN desestimó la pretensión, siendo confirmado este pronunciamiento por el TS. Entiende constatada por silencio administrativo la existencia de fuerza mayor por pérdida de actividad por el coronavirus y justificativa de la suspensión de relaciones laborales de los trabajadores, suspensión compatible con el derecho de la empresa contratista del servicio público a ser indemnizada por los gastos laborales resultado de la suspensión.

CONTRATOS DE SEGUROS

MALA PRAXIS SANITARIA

Imposible reclamación en juicio posterior a aseguradora de Administración Pública no demandada en vía contenciosa

Ref EDE 2020/659495. STS 1ª Pleno, de 17 septiembre 2020. Rec. 2752/2017 Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg

RESUMEN: Aseguradora de responsabilidad patrimonial de la Administración. Mala praxis médica: reclamación de intereses. Demanda en vía contenciosa. El Pleno de la Sala de lo civil del TS entiende que la aseguradora no debe abonar los intereses de la indemnización fijada por mala praxis médica en la prestación de asistencia sanitaria, si la parte perjudicada opta por no demandarla en la vía contenciosa administrativa. No es factible que, discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil para obtener exclusivamente los intereses que correspondan cuando podían haberse reclamado con intervención de la aseguradora en la vía contenciosa (FJ 3).

ITER PROCESAL: Se ejercitó acción directa contra Zurich, como aseguradora del Departamento de Salud de la Generalidad de Cataluña, en reclamación de los intereses del art. 20 LCS por mala praxis médica, de la que fue declarada responsable en vía contenciosa la administración sanitaria por los graves daños corporales sufridos por el hijo del actor. El objeto de este pleito radica en determinar si es viable ejercitar la acción directa contra la compañía aseguradora, no en reclamación del principal ya fijado y satisfecho, sino exclusivamente de los intereses, una vez descontados los ya percibidos. En primera instancia se estimó esta posibilidad, mientras que la AP Barcelona entendió que no era viable al haberse extinguido el derecho por pago de la obligación de indemnizar. Este pronunciamiento es confirmado ahora por el Pleno de la Sala 1ª del TS al desestimar la casación del demandante, pues pudieron y debieron ser reclamados los intereses con intervención de la aseguradora en la vía contenciosa administrativa.



Sentencias

Incumplimiento del principio de facilidad probatoria vulneradora de tutela judicial efectiva e igualdad de armas

Ref EDE 2020/730924. STC 2ª, de 16 noviembre 2020. Rec. 4425/2018 Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

RESUMEN: Tutela judicial efectiva e igualdad de armas. Principio de facilidad probatoria. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Aprecia el TC vulneración de los derechos de tutela judicial efectiva y de igualdad de armas, faceta del derecho a un proceso con todas las garantías, en la reclamación patrimonial a la Administración por mala praxis médica, basada en la no aplicación por la jurisdicción ordinaria del principio de facilidad probatoria. Cuando la Administración dispone de una prueba sobre la cual el demandante de amparo funda su derecho y se niega sin causa justificada a su entrega con el fin de que pueda surtir efecto en el correspondiente proceso, sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva imponerle al interesado la consecuencia de la falta de prueba del hecho, es decir, imponerle la carga de la prueba. En el caso concreto de la Administración sanitaria, respecto de la documentación obrante en su poder, viene obligada por ley a garantizar su custodia y posible reproducción, al formar parte de la historia clínica de los pacientes, obligación que se impone por un plazo de cinco años y que en el presente caso indubitadamente se incumplió (FJ 4 y 5).

ITER PROCESAL: La demandante de amparo interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación por responsabilidad patrimonial contra el Servicio Madrileño de Salud por mala praxis en la asistencia médica prestada a su padre fallecido. El recurso fue desestimado en la instancia y el TC aprecia vulneración de la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías ante la inaplicación por el juez del principio de facilidad probatoria, pues impidió a la recurrente probar que había habido una demora injustificada en la asistencia, por desaparición de los dos electrocardiogramas que evidenciaban que su padre estaba sufriendo un infarto, así como el nexo de causalidad sobre el que sustentaba su pretensión, tanto en la instancia, como antes en la vía administrativa ante el propio servicio de salud. La Administración sanitaria incumplió, por tanto, su obligación de custodia respecto de dicha documentación, lo que no debe suponer imponer la carga de la prueba a la recurrente.

SEGURO DE ENFERMEDAD

Requerimiento conforme a derecho para modificación de una cláusula genérica

Ref EDE 2020/747631. STS 3ª, de 09 diciembre 2020. Rec. 6342/2019. Ponente: D. José Mª del Riego Valledor

RESUMEN: Seguro de enfermedad. Redacción de cláusulas: modificación. Fijación de criterio. El TS fija como criterio que es conforme a derecho un requerimiento como el efectuado, en ejercicio de sus funciones de control, por la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones a una aseguradora para modificar una cláusula de un contrato que, examinada en abstracto y al margen de su aplicación en un caso concreto, posibilita el rechazo de un siniestro que tenga su origen, aún indirecto y remoto, en enfermedades, lesiones, dolencias, estados, condiciones de salud, accidentes y sus consecuencias y secuelas, de origen anterior a la fecha de inclusión del asegurado en la póliza, sin mayor precisión ni matización de clase alguna. Su aplicación puede producir un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones asumidos por las partes y desconoce la

doctrina del propio Tribunal en relación con el deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro, en virtud de la cual, tal deber ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no le permitan vincular sus antecedentes con la enfermedad causante del siniestro (FJ 5 y 6).

ITER PROCESAL: Accionó DKV Seguros y Reaseguros S.A.E. quien, tras actuaciones inspectoras en las que se examinaron las condiciones generales de su póliza DKV Mundisalud, fue requerida por la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones para modificar la cláusula referida a las enfermedades preexistentes, por ser contraria al art. 10 LCS. Tanto el TSJ en primera instancia, como ahora el TS en casación consideraron que la modificación propuesta seguía siendo contraria al citado artículo. El Alto Tribunal, fijando doctrina y examinando la aplicación de la cláusula en abstracto y al margen de su aplicación en un caso concreto, entiende que es correcto el requerimiento realizado, pues la citada cláusula no contempla que, en caso de falta de presentación del formulario por el asegurador, este tendrá que soportar las consecuencias, que no podrán imponerse al tomador del seguro por omisión de su deber de declaración del riesgo.

ABOGADOS

Rebaja notable de minuta de abogados determinante de la inadmisión de casación

Ref EDE 2021/504814. ATS 1ª, de 10 febrero 2021. Rec. 4671/2018. Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Inadmisión de casación. Cuantía: minuta de abogados. El TS declara firme la sentencia recurrida que rebajó notablemente la minuta de un despacho de abogados en un procedimiento sobre las concesiones de transportes de viajeros. En ningún momento se indicó al cliente el coste aproximado de los servicios que se estaban desempeñando y no se puso a su disposición ninguna hoja de encargo, ni anticipación de los conceptos e importes que finalmente se integraron en la factura pro forma. Para la fijación de los honorarios, la Audiencia atendió a los factores a los que hace referencia la doctrina jurisprudencial alegada. Así, en cuanto a la cuantía tenida en cuenta para minutar, no se considera acertada porque se minuta sobre la facturación del sector del transporte y no sobre el beneficio obtenido por el cliente. Respecto de los honorarios fijos, toma en cuenta pautas que indicaban las antiguas normas de honorarios de los colegios profesionales de la zona y las cantidades que habitualmente se pagan por trabajos del mismo tipo. Por último, en cuanto a los honorarios variables, es decir, los facturados por horas de trabajo, la Audiencia excluye la partida correspondiente a trabajos cuya realidad no se ha probado o aquellas partidas que se han duplicado, considerando desproporcionada la facturación de 300 € por cada hora de trabajo de los profesionales de ese despacho de abogados. Concluye que se estaban manejando cifras que no se acomodan a los usos y prácticas de la abogacía en la ciudad donde se ejercía (FJ 3).

ITER PROCESAL: El TS inadmite el recurso de casación (y por extensión el extraordinario por infracción procesal) interpuesto por el demandante, un despacho de abogados que ejerció, frente a las federaciones gallegas de viajeros y de transporte de autobús, acción de condena dineraria en reclamación de honorarios. Su pretensión fue desestimada en las dos instancias y el TS confirma la rebaja en la minuta realizada



por la AP A Coruña quien, para la fijación de los honorarios, se basa en la forma habitual de resolver las impugnaciones de tasaciones de costas y en la experiencia de los miembros del Tribunal, que ejercieron la abogacía durante varios años, pues se estaban manejando cifras que no se acomodan a los usos y prácticas de la abogacía en dicha ciudad y es un hecho conocido que no es habitual en Galicia que los abogados minuten por unidad de tiempo, lo que sí es más corriente en otras ciudades.

Vulneración de libertad de expresión y derecho a la defensa de abogado condenado por injurias

Ref EDE 2020/708343. STC 2ª, de 19 octubre 2020. Rec. 3406/2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

RESUMEN: Abogado. Libertad de expresión en ejercicio del derecho de defensa. Excepcionalidad del castigo penal. Aprecia el TC vulneración del derecho a la libertad de expresión y a la defensa jurídica de un abogado condenado por delito de injurias cometido contra el fiscal interviniente en una causa penal. Existió un ejercicio desproporcionado del poder punitivo aun cuando algunas de las expresiones empleadas pueden considerarse vejatorias y desde luego innecesarias a los fines de la defensa que ejercía, pues con ellas no se cuestionaba legítimamente la calidad del trabajo desempeñado por el fiscal, sino que buscaban su descrédito como persona con el fin de socavar su credibilidad ante el juez a quo. El castigo penal por expresiones vertidas en el ejercicio de su labor profesional tiene carácter excepcional, siendo preferente la vía disciplinaria (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: Recurre en amparo un abogado que fue condenado en primera instancia por delito de injurias contra el fiscal interviniente en una causa penal, condena confirmada por la AP Málaga. El TC le otorga el amparo solicitado apreciando vulneración de sus derechos de defensa y libertad de expresión, pues la condena implicó un exceso punitivo. Toma en cuenta la singular protección que debe experimentar la libertad de expresión de los abogados, especialmente inmunes a restricciones, y el carácter excepcional del castigo penal por expresiones vertidas por aquellos en el ejercicio de su labor profesional, máxime cuando en este caso las afirmaciones por las que fue condenado no se produjeron inopinadamente, sino como respuesta a unos calificativos vertidos previamente por el fiscal contra él y la mayor parte de las expresiones controvertidas no pueden entenderse que sean en sí mismas insultantes, aunque manifiestan una crítica enérgica o desabrida, además de que no trascendió su conocimiento a terceros.

DESAHUCIO/DESALOJO

Falta sobrevenida de la acción en desahucio contra la arrendataria de una vivienda del IVIMA

Ref EDE 2021/505657. STS 1ª Pleno, de 23 febrero 2021. Rec. 3942/2018 Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Desahucio por expiración del plazo. Vivienda de protección oficial. Falta sobrevenida de la acción. El Pleno de la Sala 1ª del TS aprecia la falta sobrevenida de la acción de desahucio, contra la arrendataria de una vivienda de protección oficial del IVIMA, ejercitada por la entidad adquirente de las viviendas. Señala que se había acordado mediante sentencia firme la nulidad de la transmisión de las viviendas protegidas a dicha sociedad por el IVIMA, lo que determina además la nulidad de su subrogación en la posición de arrendadora y del título en que se fundaba la acción de desahucio. Ello determina la desestimación del recurso de casación, en cuanto interpuesto por quien, a causa de la nulidad de su título, carece de la condición de propietario y arrendador (FJ 4).

ITER PROCESAL: Ejercitó acción de desahucio Encasa Cibeles contra la arrendataria de una vivienda protegida que, en su día, había celebrado el contrato de arrendamiento con el IVIMA, pretensión desestimada en ambas instancias. La recurrente en casación, que se había subrogado en la posición de arrendadora por adquisición de la vivienda, ve desestimada su casación por falta sobrevenida de acción, teniendo en cuenta que existía, en la vía contencioso-administrativa, un pronunciamiento firme anulando la transmisión de las viviendas protegidas a dicha sociedad por el IVIMA. Esta nulidad comportaba, además, la nulidad en la posición de arrendadora y, en consecuencia, la nulidad del título en que se fundaba la acción de desahucio.

Anulado el desalojo de un piso ocupado por una víctima de violencia de género y sus hijos menores

Ref EDE 2020/728701. STS 3ª, de 23 noviembre 2020. Rec. 4507/2019 Ponente: D. Fernando Román García

RESUMEN: Desalojo forzoso de familia especialmente vulnerable. Proporcionalidad: medidas de protección por la Administración. El TS deniega el desalojo de una madre víctima de violencia de género y de sus dos hijos menores de una vivienda ocupada ilegalmente, propiedad de la Comunidad de Madrid. Si bien el hecho de que en la vivienda a desalojar habitaren personas especialmente vulnerables como las referidas no constituye un impedimento absoluto para que pueda ser autorizada la entrada en el domicilio para el desalojo forzoso, el juez habrá de comprobar, antes de autorizarlo, que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad. Debe ponderar todas estas circunstancias para que pueda afirmarse que la decisión de autorizar la entrada ha sido proporcionada. Y en el caso de autos hay una "absoluta falta de previsión" por parte de la Administración de medidas de protección para una familia especialmente vulnerable (FJ 5 y 6).

ITER PROCESAL: Se inicia el presente procedimiento por la Comunidad de Madrid a la que se le denegó en primera instancia la entrada en una vivienda social de su propiedad para proceder al desalojo forzoso de una víctima de violencia de género y sus dos hijos menores que la ocupaban ilegalmente. Revocó este pronunciamiento el TSJ Madrid, permitiendo a la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad la entrada con una serie de cautelas. El TS estima la casación de la madre, anulando el desalojo por "absoluta falta de previsión" por la Administración para dar medidas de protección adecuadas y suficientes a una familia en situación de especial vulnerabilidad, pues el órgano judicial no debe ser ajeno a las consecuencias que pueden derivarse de su autorización y antes de proceder al desalojo "debe velar por que se reduzcan al mínimo posible las consecuencias negativas que, ineludiblemente, se derivarán de la irrupción domiciliaria".

PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Inconstitucionalidad parcial de la Ley de protección de la seguridad ciudadana 2015 por censura previa

Ref EDE 2020/732399. STC Pleno, de 19 noviembre 2020. Rec. 2896/2015 Ponente: D. Juan José González Rivas

RESUMEN: Ley de Seguridad Ciudadana 2015. Captación de imágenes o datos de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: exigencia de autorización previa. Prohibición de censura. El Pleno del TC avala la constitucionalidad de la Ley de protección de la seguridad ciudadana de 2015,



Sentencias

salvo la exigencia de autorización para el uso de imágenes o datos personales o profesionales de las autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Declara así inconstitucional y nulo el inciso “no autorizado” recogido en el art. 36.23 al calificar como infracciones graves el uso sin autorización de dichas imágenes o datos. Considera que hay censura previa, prohibida por la Constitución, cuando la difusión de estos se someta a un previo examen de su contenido por el poder público, de manera que no se llevaría a cabo si este no “otorga el placet”. Añade que el término “uso” debe interpretarse en el sentido de que para que pueda apreciarse infracción grave es necesaria la publicación o difusión ilícita, no bastando la mera captación no seguida de publicación o difusión; y el término “imágenes o datos personales o profesionales” comprende también las relativas a la vida privada, elemento este que deberá tomarse en cuenta para determinar si prevalece o no el derecho a la información (FJ 7). Formula voto particular la Excm. Sra. Magistrada D^a María Luisa Balaguer Callejón.

ITER PROCESAL: El presente recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por noventa y siete diputados de varios grupos parlamentarios en relación a diversos artículos de la Ley 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana. El TC solo declara la nulidad parcial de la norma, concretamente en el aspecto referido a la exigencia de autorización administrativa previa para el uso de imágenes o datos personales o profesionales de las autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, exigencia que resulta contraria a la interdicción de censura previa del art. 20.2 CE.

Considerada infracción grave la perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos multitudinarios

Ref EDE 2021/504208. STC Pleno, de 28 enero 2021. Rec. 3848/2015. Ponente: D. Juan José González Rivas

RESUMEN: Ley de Seguridad Ciudadana 2015. Actos públicos multitudinarios. Infracciones graves: tipicidad y proporcionalidad. El Pleno del TC considera infracción grave toda perturbación de la seguridad ciudadana, incluso la de carácter leve, con ocasión de la celebración de espectáculos públicos y otros actos multitudinarios, cuando no sea constitutiva de infracción penal. No supone un uso extralimitado, contrario al principio de tipicidad ni de proporcionalidad, el amplio margen de opción que posee el legislador para determinar el alcance de la reacción sancionadora que resulta conveniente para proteger, en abstracto, el bien jurídico de protección de la seguridad ciudadana, si bien el aplicador del Derecho o el propio TC en vía de amparo constitucional habrán de prestar atención a las precisas circunstancias del supuesto concreto para aplicar una sanción proporcional (FJ 5). Formulan sendos votos particulares el Excmo. Sr. Magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Excm. Sra. Magistrada D^a María Luisa Balaguer Callejón.

ITER PROCESAL: El Parlamento catalán interpuso el presente recurso de inconstitucionalidad contra la LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, alegando, entre otros motivos, que el 36.1, referido a las infracciones graves, lesionaría el principio de tipicidad porque omite cualquier precisión sobre cuál debe ser el nivel de perturbación que debe tener la actuación infractora y sobre qué resultado debe producir. Y vulneraría también el principio de proporcionalidad entre la conducta típica, que se concreta en la perturbación de la seguridad ciudadana y comprende por ello la alteración leve de la misma, y la sanción. Razona que las sanciones previstas para las infracciones graves, incluso las que se ajusten a la mínima cuantía,

son particularmente elevadas y con ello excesivas para castigar las alteraciones leves de la seguridad ciudadana. No se muestra conforme con ello el TC para quien, debido al inevitable margen de mínima indefinición, se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la formulación del tipo ilícito, siendo labor del intérprete y aplicador de la norma precisarlo, siguiendo pautas objetivas y no discrecionales.

IMPAGO DE PENSIONES

Legitimación del progenitor conviviente con alimentista mayor de edad por considerarlo agraviado

Ref EDE 2020/703532. STS 2^a Pleno, de 29 octubre 2020. Rec. 5616/2019 Ponente: D^a Susana Polo García

RESUMEN: Impago de pensiones a hijos mayores de edad. Legitimación del progenitor conviviente con el alimentista. El Pleno de la Sala 2^a TS declara que, en los delitos de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones, cuando los hijos ya son mayores de edad, el progenitor que convive con el alimentista y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada tiene legitimidad para interponer denuncia e instar así a su pago en vía penal. No existe duda de que es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que, partiendo de una interpretación teleológica y amplia del concepto de “persona agraviada” debe ser considerada como tal (FJ 3).

ITER PROCESAL: Tras reclamación de pensiones alimenticias atrasadas en procedimiento de ejecución forzosa de familia, se querelló la madre de un mayor de edad discapacitado físico y psíquico, condenando el Jdo. de lo Penal nº 2 de Pontevedra al padre por delito de abandono de familia, en su modalidad de impago de pensiones. La AP Galicia estimó parcialmente la apelación del condenado, en el solo sentido de rebajarle la pena, pronunciamiento recurrido por aquel en casación alegando falta de legitimación de la madre por ser el hijo mayor de edad. Desestima el TS su recurso pues considera “persona agraviada” al progenitor conviviente con el alimentista que sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, por lo que tiene legitimación para instar su pago en vía penal al ser una de las personas que soporta las consecuencias de la actividad criminal y dada la especial protección que necesita el alimentista.

INFORME DE VIDA LABORAL

Constancia en informe de vida laboral de servicios prestados reconocidos en sentencia laboral firme

Ref EDE 2020/671981. STS 3^a, de 01 octubre 2020. Rec. 4525/2018. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

RESUMEN: Informe de vida laboral. Prestación de servicios reconocida por sentencia social firme. El TS establece que, mediando una sentencia firme del orden social que tiene por probado que un trabajador ha prestado servicios a una empresa en virtud de una relación laboral, ese trabajador ha de figurar como alta en la Seguridad Social durante el período correspondiente, con independencia de que la empresa obligada haya cotizado o no y de las acciones que proceda ejercer por



parte de la TGSS contra ella por las cuotas no pagadas y no prescritas (FJ 4 y 5).

ITER PROCESAL: Interpone el presente recurso de casación un trabajador al que se le denegó en las instancias anteriores la inclusión en su informe de vida laboral del período comprendido entre el 03/08/1986 y el 05/10/2010, pues estaba probado por sentencia firme que efectivamente prestó sus servicios en una empresa. El TS estima el recurso ordenando a la TGSS que incluya dicho período, pues debe mantener la concordancia entre la realidad material y la que refleja el informe de vida laboral que expide, y parte de esa realidad es la que refleja la sentencia al declarar probada la relación laboral. Todo ello aun cuando el empresario incumpliera sus obligaciones de cotización, motivo por el que se le podrán reclamar las cuotas no abonadas.

TRANSPORTE AÉREO

Falta de responsabilidad de transportista aéreo por negligencia del personal del hotel contratado para alojar a pasajeros con vuelos cancelados

Ref EDE 2020/639178. STJUE 8ª, de 03 septiembre 2020. Asunto C-530/19

RESUMEN: Cancelación vuelo. Alojamiento en hotel: negligencia del personal. Responsabilidad del transportista. El TJUE interpreta el art. 9.1 b) Rgto. 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Señala que un transportista aéreo que ha ofrecido alojamiento en un hotel a un pasajero cuyo vuelo ha sido cancelado, no puede estar obligado, exclusivamente sobre la base de este Reglamento, a compensarle el perjuicio que le haya ocasionado el comportamiento negligente del personal del hotel contratado, pues exigiría necesariamente una apreciación individual de la magnitud de dichos perjuicios en cada caso, y excedería el marco de las medidas de reparación estandarizadas e inmediatas previstas por el citado reglamento (FJ 21-40).

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo de lo Civil y Penal austríaco plantea cuestión prejudicial cuyo objeto es la interpretación del art. 9.1 b) Rgto. 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se planteó en el contexto de un litigio entre la administradora concursal de una compañía de transporte aéreo y una ciudadana en reclamación de indemnización por los daños que sufrió en el recinto de un hotel en el que la transportista la había alojado tras la cancelación de su vuelo. El TJUE excluye cualquier responsabilidad del transportista, en este sentido, pues el citado reglamento no establece un compensación de perjuicios individuales, cuya reparación exige una apreciación caso por caso del alcance de los daños ocasionados, lo cual excedería el marco de las medidas de reparación estandarizadas e inmediatas que el legislador de la UE quiso establecer a favor de los pasajeros y que tienen por objeto exclusivamente el reembolso de los importes para compensar los gastos efectuados por aquellos para obtener las mismas prestaciones que el transportista debería haberles ofrecido, sin necesidad de llevar a cabo una apreciación individual de la situación específica de cada uno de ellos.

TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Consentimiento necesario del interesado para obtener y conservar documentos de identidad

Ref EDE 2020/702657. STJUE 2ª, de 11 noviembre 2020. Asunto C-61/19

RESUMEN: Tratamiento de datos personales: documentos de identidad. Consentimiento del interesado. Servicios de telecomunicaciones. Resuelve el TJUE la cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los arts. 2 h) y 7 a) Directiva 95/46/CE y de los arts. 4.11 y 6.1 a) Reglamento (UE) 2016/679, derogatorio de aquella, relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Señala que corresponde al responsable del tratamiento de los datos personales demostrar que el interesado ha manifestado su consentimiento para el mismo mediante un comportamiento activo y que ha recibido, previamente, información respecto de todas las circunstancias relacionadas con ese tratamiento, de forma inteligible y con un lenguaje claro y sencillo que le permita determinar sin dificultad las consecuencias de dicho consentimiento, de modo que se garantice que este se otorga con pleno conocimiento de causa. Un contrato relativo a la prestación de servicios de telecomunicaciones que contiene una cláusula conforme a la cual el interesado ha sido informado y ha consentido en la obtención y la conservación de una copia de su documento de identidad con fines de identificación no permite demostrar que esa persona haya dado válidamente su consentimiento, en el sentido indicado, cuando la casilla referente a dicha cláusula haya sido marcada por el responsable del tratamiento de datos antes de la firma del contrato, o cuando las estipulaciones contractuales puedan inducir al interesado a error sobre la posibilidad de celebrar el contrato en cuestión pese a negarse a consentir en el tratamiento de sus datos o cuando la libre elección de oponerse a dicha obtención y dicha conservación se vea indebidamente obstaculizada por ese responsable, al exigir que el interesado, para negarse a dar su consentimiento, cumplimente un formulario adicional en el que haga constar esa negativa (FJ 28-52).

ITER PROCESAL: La presente cuestión prejudicial, planteada por el Tribunal de Distrito de Bucarest, tiene por objeto la interpretación de los arts. 2 h) y 7 a) Directiva 95/46/CE y de los arts. 4.11 y 6.1 a) Reglamento (UE) 2016/679, relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Se presentó en el contexto de un litigio entre Orange România SA y la Autoridad Nacional de Supervisión del Tratamiento de Datos Personales de Rumanía, en relación a la solicitud de anulación de una resolución por la que esta última impuso a aquella una multa por haber obtenido y conservado copias de documentos de identidad de sus clientes sin el consentimiento válido de estos y le exigió destruir esas copias. Se discute sobre la validez del consentimiento obtenido mediante una cláusula premarcada en un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones a lo que el TJUE responde negativamente por ser necesario un consentimiento inequívoco, el cual solo es posible mediante un comportamiento activo del interesado, y en las casillas ya marcadas parece prácticamente imposible determinar de manera objetiva si aquel ha dado efectivamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales al no quitar la marca y si dicho consentimiento ha sido dado, en todo caso, de manera informada, correspondiendo al responsable del tratamiento de datos demostrar la existencia de un consentimiento válido.

Resumen de las resoluciones de la DGRN en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas entre junio y diciembre de 2020

Hasta el BOE del 18 de junio las resoluciones son emitidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado

Desde el BOE del 24 junio son emitidas por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

AFECCIONES FISCALES

R. 21 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6372)

Deniega la cancelación de una nota marginal de afección al Impuesto de Sucesiones, que se pretende mediante aportación de justificante de presentación de autoliquidación en la oficina liquidadora competente.

La cancelación de una nota de afección fiscal requiere: o bien acreditación del pago del impuesto con carácter firme, o bien transcurso del plazo de caducidad de la nota (5 años, ex artículo 100-4 RISD), o bien consentimiento de la Hacienda titular, o resolución judicial firme. Ninguno de estos extremos concurre en el supuesto, pues la presentación de la autoliquidación no obsta para que la Administración pueda rectificar, comprobar o practicar la liquidación correspondiente.

AGRUPACIÓN

R. 16 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9213)

Admite la inscripción de una escritura de agrupación de fincas, que el registrador había denegado tras tramitar el procedimiento del artículo 199 LH, por resultar del registro que entre las fincas que se pretende agrupar existe un camino y por haberse formulado oposición

de dos colindantes sin aportación de documentación alguna: uno de ellos alega que se invade parcialmente su finca, y el otro que se invade dominio público.

Por su parte, el registrador ha certificado en el curso del procedimiento que, tras consultar la aplicación informática geográfica disponible, no existen indicios evidentes de invasión de dominio público; y que la existencia de un camino dentro del perímetro de las parcelas catastrales agrupadas sólo supone un mero indicio o sospecha a cerca de su titularidad pública. En la cartografía catastral no figura ningún camino público. Además, se incorpora certificación del Ayuntamiento acreditativa de que del inventario municipal de bienes resulta que el camino existente entre las parcelas que se agrupan no es de titularidad pública. Posteriormente el registrador ha practicado al Ayuntamiento la certificación prevenida en el artículo 199 LH.

AGUAS

R. 12 noviembre 2013 (BOE 309, 25-XI-20: 14918)

Deniega la inscripción de un pozo que se declara en una escritura de compraventa, describiéndolo como pozo para sondeo debidamente legalizado en la Confederación Hidrográfica, pero sin aportar acreditación administrativa alguna.



De conformidad con el artículo 64 RH debe acreditarse: la licencia para el aprovechamiento de aguas; la inscripción del mismo en el Registro administrativo de Aguas; y la identificación del caudal a que da derecho.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

R. 24 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6388)

Sobre una finca adquirida por título de herencia se practicó anotación preventiva de demanda de reclamación de legítima, conforme al artículo 451-15-2 Cc catalán. Posteriormente se declaró injusta la desheredación de la demandante, estimándose su derecho a detraer su legítima. Ahora se presenta auto judicial en el que se ordena la conversión de la anotación de demanda en anotación de embargo con mantenimiento del mismo rango registral.

La Dirección confirma la calificación negativa, que sólo contempla la práctica de una anotación de embargo "nueva". La conversión ordenada no está prevista en la legislación hipotecaria y será contraria a los principios inspiradores de la misma, que no prevén que una anotación preventiva de demanda pueda convertirse en cualquier otro asiento distinto de la inscripción definitiva a nombre del anotante. Otra cosa sería que del auto que dio origen al primitivo mandamiento resultara que ya inicialmente el legitimario solicitó también la práctica de la traba y anotación (artículo 42-2 LH) sobre bienes de la herencia o del propio heredero.

R. 12 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6670)

R. 4 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6783)

R. 17 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11925)

R. 24 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12045)

R. 20 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15783)

Aplican doctrina reiterada: la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera "ipso iure" una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, o cancelada ésta: ya no puede ser prorrogada; y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

En particular:

-En la R. 12 febrero 2020 y 4 febrero 2020, presentado mandamiento de adjudicación y de cancelación de cargas, derivado de la ejecución judicial de una anotación de embargo, la Dirección deniega la cancelación de las cargas posteriores a la anotación ejecutada, por encontrarse ésta caducada en el momento de la presentación del título calificado.

-La R. 17 septiembre 2020 deniega la inscripción de un auto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas, referido a un vehículo inscrito en el Registro de Bienes Muebles, porque en el momento de presentar el título, la anotación preventiva de embargo que se ha ejecutado en el procedimiento se encuentra caducada.

-La R. 24 septiembre 2020 deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo, que se solicita por el Juzgado una vez que ya

se encontraba cancelada por caducidad la anotación inicial. En el momento de presentarse el mandamiento que ordena volver a practicar la anotación, la finca ya está inscrita a nombre de persona distinta de los deudores.

-La R. 20 noviembre 2020 deniega la cancelación de las cargas posteriores a la anotación de embargo en la que se funda el procedimiento ejecutivo del que resulta la adjudicación de una finca. La anotación estaba ya caducada en el momento de la presentación del título.

R. 20 marzo 2020 (BOE 192, 14-VII-20: 7835)

Es continuación del supuesto de la R. 20 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6370), la cual suspendió la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, por falta de intervención del titular registral en el procedimiento.

Mientras el recurso que da lugar a la anterior resolución estaba pendiente de ser resuelto, el interesado solicita anotación preventiva de su derecho de propiedad, al amparo de los artículos 323-3 y 42-9 LH. El registrador lo deniega, lo cual vuelve a motivar un nuevo recurso, que da lugar a la actual R. 20 marzo 2020, que confirma la decisión de no practicar la anotación pretendida, ya que el fundamento de la anotación a que se refieren los citados artículos es dar más tiempo para subsanar defectos, pero sólo cuando éstos sean subsanables. Por el contrario, la no intervención del titular en el procedimiento es defecto insubsanable.

R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9049)

Admite la cancelación en virtud de instancia privada de una anotación preventiva de embargo judicial que fue prorrogada hace veinticinco años, antes por tanto de la entrada en vigor de la LEC-2000.

La Dirección recuerda su doctrina sobre vigencia de anotaciones preventivas tras la LEC-2000. Hay tres posibles situaciones: anotaciones solicitadas tras la entrada en vigor de la LEC: caducan a los 4 años, pero son susceptibles de prórrogas sucesivas (art. 86 LH); anotaciones practicadas antes de la vigencia de la LEC: mismo régimen; anotaciones prorrogadas en virtud de mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la LEC: quedan indefinidamente prorrogadas hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento (Instrucción DGRN de 12 diciembre 2000, que les aplica transitoriamente el artículo 199-2 RH).

Ahora bien, a pesar de que la anotación del supuesto se encuentra en la tercera situación, se solicita expresamente la aplicación del artículo 210-1-8ª LH, según el cual las inscripciones de hipoteca, condición resolutoria "y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales", cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago, podrán cancelarse pasados 20 años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación o, en su defecto, 40 años desde el último asiento relativo a la titularidad de la garantía. Aunque la anotación de embargo no es un derecho real en sentido propio, tiene indudable eficacia real y por tanto encaja sin dificultad en la expresión entrecomillada.



Resoluciones

- R. 2 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9205)**
- R. 28 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9296)**
- R. 28 julio 2020 (BOE 213, 7-VIII-20: 9372)**
- R. 2 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11638)**
- R. 2 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11636)**

En materia de anotaciones preventivas rige el criterio de “*numerus clausus*”; y en concreto, la anotación de demanda se contempla en el artículo 42-1º LH sólo para quien reclamare en juicio la propiedad o derechos reales. Cuando lo pretendido es afectar una finca al pago de una cantidad ante el riesgo de insolvencia del demandado, lo procedente es la anotación de embargo preventivo o en su caso, la de prohibición de disponer. Ahora bien, la Dirección entiende que el artículo 42-1º LH no sólo da cobertura a las demandas en que se ejercita una acción real, sino también a aquellas otras en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. En este sentido, el tradicional criterio restrictivo del “*numerus clausus*” debe matizarse a la luz del artículo 727-5-6 LEC-2000 (norma posterior a la LH), que permite acordar anotaciones cuando la publicidad registral sea útil para el buen fin del procedimiento.

En consideración a esta doctrina, las resoluciones de este epígrafe deniegan la práctica de una anotación preventiva de demanda derivada de un procedimiento que tenía por objeto una reclamación de cantidad derivada de la resolución de un contrato entre las partes. Por tanto, no cabe anotar una demanda como la del supuesto, en la que únicamente se reclama una cantidad. Aunque prosperase la acción interpuesta, no habría consecuencias en cuanto a la titularidad de la finca. Sólo en ejecución de sentencia y ante el impago de la cantidad reclamada, cabría adoptar la medida cautelar del embargo. El juez también podría haber adoptado la medida cautelar excepcional de embargo preventivo o prohibición de disponer, para evitar que los bienes salgan del patrimonio del demandado.

R. 20 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9221)

Deniega la práctica de una anotación preventiva acordada por las partes de una permuta por obra futura que se declara resuelta, en una transacción homologada judicialmente. El acuerdo consiste en que los cedentes-demandados deben entregar una cantidad a la mercantil cesionaria-demandante, y además una indemnización adicional en caso de que transmitan la finca en los próximos cinco años. Se pacta que esta “condición” sea objeto de anotación preventiva. Aunque existía contrato de cesión, la finca todavía continúa inscrita a favor de la parte cedente.

La Dirección entiende que la anotación convenida no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 42 LH; y que la reclamación de cantidades no tiene trascendencia jurídico-real en tanto no haya dado lugar a un embargo. Las partes podrían haber constituido una garantía real, pero no lo han hecho.

R. 20 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15779)

Deniega una anotación de crédito refaccionario porque en el Registro consta ya por nota marginal la finalización de las obras objeto de refacción. Según el artículo 42-8 LH, la anotación se puede pedir “mientras duren” las obras. El artículo 92 dice que la anotación caduca a los sesenta días “de concluidas las obras”, permitiendo el artículo siguiente convertir la anotación preventiva en inscripción de hipoteca.

La Dirección recapitula su doctrina. En nuestro Derecho no hay una definición de crédito refaccionario, sino normas que regulan su preferencia (artículo 1923 Cc, Ley de Hipoteca Naval, Ley Concursal) y la posibilidad de anotarlo preventivamente en el Registro de la Propiedad, con los efectos de la hipoteca (art. 59 LH). Para la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 21 julio 2000) se trata del crédito que nace de cualquier contrato (no necesariamente préstamo) que implique un adelanto de dinero, material o trabajo por el contratista al propietario, para la construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble.

R. 26 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15924)

Consta en el Registro la práctica de unas anotaciones preventivas de embargo en 2015. También consta que en 2017 se practicaron sendas notas marginales a dichas anotaciones, en virtud de mandamiento judicial que ordenaba -con imprecisión terminológica- su “prórroga como definitivas”, una vez que se había concretado el procedimiento y la cuantía reclamada en él. Ahora se solicita la prórroga de las anotaciones.

El registrador deniega la prórroga solicitada, considerando que las anotaciones datan de 2015 y están ya caducadas, pues lo que se produjo en 2017 no fue una verdadera prórroga, sino la conversión en definitivas de las anotaciones iniciales. Sin embargo, la Dirección admite la prórroga solicitada, por entender que la nota de 2017 no fue de mera referencia, sino sustitutiva o con efectos propios de una anotación preventiva. Por lo tanto, la caducidad debe computarse desde la fecha de la nota marginal que hace las veces de anotación preventiva.

ARRENDAMIENTOS

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8890)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa en la cual las partes declaran que la vivienda vendida se encuentra ocupada, hecho que la parte compradora conoce y asume expresamente, que ha sido determinante en el precio pactado y por cuya razón el adquirente renuncia a cualquier reclamación al vendedor.

La Dirección confirma la calificación negativa que exige que se haga constar con claridad, no ya si la finca está ocupada, sino si se encuentra o no arrendada, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 25 LAU en relación con los derechos de adquisición preferente. El recurrente alega en fase de recurso que el ocupante del inmueble no es arrendatario; pero aunque ciertamente los derechos de tanteo y retracto arrendaticios sólo corresponden a los arrendatarios, esta alegación no consta en el título por lo que no puede ser tenida en cuenta en la calificación.

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8891)

Admite la inscripción de una escritura por la que los deudores de dos préstamos hipotecarios garantizados con hipoteca sobre su vivienda unifamiliar: manifiestan haber acordado con la entidad de crédito acreedora la dación del inmueble en pago de las deudas hipotecarias pendientes, si bien la dación se instrumenta mediante compraventa, no ya a la propia entidad de crédito, sino a una sociedad de gestión de activos íntegramente participada por ella; se realiza dicha venta por un precio “de riguroso mercado” fijado por una sociedad tasadora, que se destina al reembolso de los dos préstamos y la cancelación de las dos



hipotecas; además, al ser la cuantía de las deudas superior al precio de venta, la entidad acreedora otorga a favor de los vendedores una quita por la diferencia, liberándolos totalmente. La registradora, al tratarse de una compraventa y estar la finca arrendada, exige la notificación fehaciente al arrendatario prevista en el artículo 25 LAU.

Sin embargo la Dirección, aplicando las reglas sobre interpretación de los contratos, entiende que el negocio formalizado es una dación en pago, instrumentada mediante una venta a tercero (posibilidad admitida por el artículo 1162 Cc.), siendo también determinante el hecho de que la entidad acreedora concede una quita a los deudores, circunstancia incompatible con el reconocimiento de derecho de adquisición preferente al arrendatario, quien evidentemente no puede situarse en la posición de la entidad de crédito. En consecuencia y atendiendo también a la “ratio legis” del derecho de adquisición preferente arrendaticio, debe concluirse que éste no existe en una transmisión como la calificada, que consiste en un negocio más amplio que una mera compraventa.

También recuerda la Dirección la doctrina de la R 10 diciembre 2007 (BOE 15-I-08 688): los derechos de tanteo y retracto arrendaticio, ex art. 25-1 LAU 1994, sólo proceden en caso de “venta”, pero no en caso de dación en pago (al revés de lo que disponía la Ley de 1964). Estos derechos de adquisición preferente deben ser objeto de interpretación estricta, pues limitan las facultades inherentes al dominio.

R 18 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9065)

Deniega la inscripción de la escritura de venta de la mitad indivisa de un almacén. La parte vendedora hace constar: que el almacén está arrendado a determinada persona; que no coincide la finca vendida (mitad) con la arrendada (toda); y que por ello no se realiza la notificación fehaciente al arrendatario exigida por los artículos 25 y 31 LAU.

Sin embargo la Dirección reconoce el derecho de adquisición preferente también en caso de transmisión de participación indivisa de finca arrendada (aunque la LAU no lo reconoce expresamente, como por el contrario sí que hace la LAU). Tal derecho es preferente a cualquier otro similar, salvo el reconocido al condueño o el convencional inscrito. Cualquier otra interpretación permitiría dejar sin efecto este derecho del arrendatario a través de la simple transmisión sucesiva por cuotas del inmueble.

R. 20 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9218)

Admite la inscripción de una compraventa, estimando que no existe derecho de retracto arrendaticio y que en consecuencia no es exigible la notificación de los artículos 25 y 31 LAU. Lo vendido es la totalidad de un edificio de dos plantas compuesto de: almacén, que ocupa parte de la planta baja; y vivienda, que ocupa el resto de la planta baja y toda la planta alta. Se declara que el almacén está arrendado, y la vivienda está libre de arrendamientos.

De los citados artículos resulta inequívocamente que no ha lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando el local arrendado se vende conjuntamente con los restantes locales o viviendas propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble.

R. 30 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12237)

Consta inscrito en el Registro de la Propiedad un arrendamiento financiero inmobiliario en el que se estipula que el arrendatario no

podrá, sin el previo consentimiento expreso y escrito del arrendador, ceder total o parcialmente los derechos que a su favor dimanan del contrato.

Ahora se pretende inscribir una escritura de cesión de los derechos del arrendatario a favor de tercero. El recurrente entiende que se trata de una prohibición de disponer establecida en un acto a título oneroso, la cual no debió ser inscrita por tener carácter meramente obligacional (artículos 26 y 27 LH); y que además no aparece reflejada en la nota simple obtenida por el notario autorizante como información registral para el otorgamiento de la escritura.

Sin embargo, la Dirección deniega la inscripción de la cesión, en tanto no se acredite el consentimiento del arrendador en la forma pactada. El derecho de arrendamiento financiero, y por tanto el derecho de opción de compra inseparable al mismo, tiene naturaleza real ya que consta inscrito. Además no estamos ante una prohibición de disponer sobre un derecho aisladamente considerado, sino que el “leasing” inscrito constituye un contrato unitario de financiación, que no puede ser objeto de cesión sin consentimiento del arrendador, de la misma manera que no cabe cesión de la posición de deudor hipotecario sin consentimiento del acreedor, sin que esto implique prohibición de disponer en un negocio oneroso. El hecho de que tal prohibición o limitación no figurase en la nota simple suministrada para la autorización de la escritura, no desvirtúa la presunción de existencia y validez de los derechos inscritos (artículo 38 LH), pues no es más que un extracto de los asientos.

R. 19 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15778)

Admite la inscripción de la venta de una casa compuesta de dos pisos, que se declara arrendada en parte mediante contrato de 1987, habiéndose notificado al arrendatario la intención de vender la finca mediante burofax que no se incorpora, porque se expresa que, al venderse todo el inmueble, no hay derechos de tanteo o retracto a favor del arrendatario.

Es doctrina consolidada que no ha lugar a los derechos de retracto y tanteo previstos en los artículos 25 y 31 LAU, cuando el local o vivienda arrendado se vende conjuntamente con los restantes locales o viviendas propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble.

Para la Dirección no hay contradicción entre la inexistencia de derecho de retracto y la notificación realizada, ya que ésta puede obedecer a otros fines, como por ejemplo, dar a conocer al arrendatario los datos del nuevo propietario a quien deberá pagar la renta. Recuerda también la doctrina de la R. 4 julio 2018: si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la finca está o no arrendada o de la identidad del arrendatario, no hay razón que impida extender la validez de dicha manifestación a otros elementos del contrato, como la existencia o no del derecho de adquisición. Tampoco es obstáculo la falta de acreditación de la ley aplicable al contrato en función de su fecha, porque el derecho de adquisición preferente no existe para el caso resuelto, ni en la Ley de 1964, ni en la de 1994.

BIENES DE INTERÉS CULTURAL

R. 27 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11326)

Deniega la inscripción de una solicitud, expedida por el organismo administrativo competente de la Comunidad de Autónoma de An-



Resoluciones

dalucía, por la que se solicita, conforme a la legislación sobre patrimonio histórico estatal y autonómica, la inclusión en el Registro de la Propiedad de la zona arqueológica de Villaricos, que está declarada como bien de interés cultural, la cual se identifica mediante un listado de coordenadas y una enumeración de muchas parcelas catastrales. Del título resulta la circunstancia de que la resolución administrativa inicial incluía determinadas zonas, que tras varios recursos judiciales planteados por propietarios afectados, fueron excluidas en una nueva delimitación de la zona arqueológica.

La Dirección desestima el primer defecto de la calificación: no es preciso aportar las sentencias judiciales dictadas en dichos recursos, porque el objeto de la calificación no son las mismas, sino el acto administrativo rectificador. No obstante, se confirman los otros defectos de la calificación: no constan los números registrales de fincas, que permitan identificar cuáles resultan afectadas. Y respecto de las fincas afectadas parcialmente, falta determinar la porción afectada mediante plano en formato GML. Por último, no figuran los datos de los titulares afectados por la resolución de Administración, así como su intervención en el propio procedimiento administrativo (circunstancia que sí está incluida en el ámbito de calificación de actos administrativos).

CAUSA DE LOS CONTRATOS

R. 20 marzo 2020 (BOE 192, 14-VII-20: 7834)

Admite la inscripción de una escritura que eleva a público la certificación del acuerdo de junta de una sociedad anónima de proceder a un reparto de beneficios, mediante la entrega como dividendo en especie de determinada finca que se describe. El registrador entiende que se debe acreditar el dividendo, dada la exigencia legal de expresar la verdadera causa del desplazamiento patrimonial y cumplir con la legislación sobre prevención del fraude fiscal.

Sin embargo, la Dirección entiende que la escritura calificada expresa una causa: la transmisión de un inmueble en pago de la deuda derivada del reconocimiento de dividendos a favor del adquirente, lo que hace oneroso el negocio, y verdadera y lícita su causa. La existencia del crédito por los referidos dividendos resulta de la certificación de la decisión social, expedida por quien se encuentra legitimado para ello. Al margen queda la posibilidad de actuación del órgano tributario competente en caso de que procediera.

CIERRE REGISTRAL POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FISCALES

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6367)

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6366)

Admite la inscripción de una escritura de adición de herencia, a la cual se acompaña instancia solicitando la prórroga del plazo para la liquidación y pago del IIVTNU. La instancia es equiparable a la declaración tributaria a los efectos de levantar el cierre registral establecido por el artículo 254 LH, porque en ella constan los datos necesarios para poder iniciar las actuaciones inspectoras en caso de terminar el plazo de prórroga sin haberse practicado la correspondiente autoliquidación (datos de los herederos y del causante, fecha de fallecimiento, finca transmitida).

R. 1 junio 2020 (BOE 189, 10-VII-20: 7660)

Considera cumplidos los requisitos exigidos para levantar el cierre registral impuesto por el artículo 254 LH, con el recibo de presentación del modelo fiscal del Impuesto de Donaciones en el Registro de la Administración tributaria autonómica competente (Cataluña), ya que dicho recibo no se limita a justificar la mera presentación, sino que además permite identificar el expediente, las cantidades satisfechas en la autoliquidación, y obtener copia de la carta de pago relativa al documento presentado; es decir, que acredita haberse efectuado el pago.

R. 16 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9060)

Considera correctamente practicada la comunicación relativa a la plusvalía municipal, y levantado por tanto el cierre registral a los efectos de permitir la inscripción de una escritura de aportación de fincas al aumento de capital de una mercantil. En la escritura se inserta como justificante de presentación, un documento generado en forma electrónica y encabezado con las imágenes corporativas del Consejo General del Notariado y del Ayuntamiento de Sevilla, en el que se acredita la existencia de un justificante electrónico de recepción con expresión de fecha y hora, que expresa también un código electrónico de comunicación; sobre la base de todo lo cual, el notario da fe de la recepción por parte del Ayuntamiento.

R. 16 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9214)

Admite la inscripción de una escritura de herencia cuyo causante tenía su última residencia en Madrid, considerando debidamente acreditado el pago, exención o no sujeción al ISD a los efectos de levantar el cierre registral impuesto por el artículo 254 LH.

Constan unidas a la escritura sendas diligencias de presentación telemática que constituyen nota de presentación a los efectos de acceso al registro del correspondiente documento (artículo 99-1 RISD). Dichas diligencias incorporan el Código Seguro de Operación, que a través de consulta en el Portal del Contribuyente de la Comunidad de Madrid, permite acreditar su veracidad y autenticidad. También se adjuntan las cartas de pago del impuesto a las que se incorporan su correspondiente CSO y el Número Completo de la Comunidad de Madrid, justificativo de la aceptación del pago por la entidad colaboradora con expresión de fecha, importe y número de autoliquidación.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11324)

Confirma la calificación registral que había denegado la inscripción de una escritura de transmisión de solar entre dos sociedades como consecuencia de la absorción de la mercantil titular por la otra, por falta de acreditación de haberse liquidado a comunicado el acto al Ayuntamiento competente a efectos del IIVTNU.

Al igual que respecto del ITP, es doctrina consolidada que, ante cualquier operación cuya registración se solicite, el registrador no sólo debe calificarla, sino también decidir si se halla o no sujeta al IIVTNU, valoración que no será definitiva en el plano fiscal, pero será suficiente para acceder a la inscripción en caso afirmativo, o para suspenderla en tanto no se acredite el pago, exención, prescripción o no sujeción, de modo que el registrador, para evitar una multiplicación injustificada de trámites, puede apreciar por sí la no sujeción o la exención. Pero no resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción (apartados 2 a 4 del artículo 104 Ley Reguladora Haciendas Locales) o de clara



causa legal de exención fiscal, si el registrador, para salvar su responsabilidad, exige la oportuna nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrá de ser la Administración tributaria los que podrán manifestarse al respecto, sin que corresponda pronunciarse a la DGRN.

En el título calificado ciertamente se indica que la absorción se acogió al régimen tributario especial establecido por la adicional octava de la entonces vigente Ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades, pero lo cierto es que la no sujeción establecida por dicha norma no es completa (pues tiene excepciones en el artículo 108 de la citada Ley), de modo que el registrador no está obligado a conocer si esta operación concreta está o no sujeta.

R. 8 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12829)

Suspende la inscripción de una escritura de adición de herencia, a la que se acompaña comunicación realizada por el notario autorizante al Ayuntamiento a efectos de la plusvalía municipal.

El artículo 254-5 LH exige, para levantar el cierre registral, que se acredite al registrador la declaración o autoliquidación (según que cada Ayuntamiento tenga establecido un sistema u otro) del impuesto, o en su caso la comunicación a que se refiere el apartado 6 del artículo 110 LRHL. En consecuencia, sólo es admisible la comunicación en caso de transmisiones a título oneroso; pero no en las transmisiones a título gratuito, como la calificada.

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16483)

Suspende la inscripción, en tanto no se acredite la autoliquidación, declaración o comunicación relativa a la plusvalía municipal (artículo 254 LH), de una escritura en la que, por fallecimiento del causante, su viudo se adjudica en pleno dominio una cuenta bancaria y una finca gananciales; y se dice que la adjudicación de ambos bienes se hace en pago de sus derechos en la sociedad conyugal, por su llamamiento testamentario al tercio de libre disposición y por su llamamiento legal al usufructo del tercio de mejora. No se determina en concreto concepto al que se imputa cada bien adjudicado. Sólo en las cláusulas fiscales se hace constar que la transmisión de inmuebles resultante de la liquidación de gananciales es un acto no sujeto a la plusvalía municipal.

Aunque la Dirección comparte la no sujeción de la liquidación de gananciales (que considera evidente), no considera suficiente esta manifestación fiscal para determinar que la transmisión de esa finca se hace únicamente en pago de gananciales. Además en la misma escritura el viudo realiza la donación de la nuda propiedad de la finca, transmisión que sí está sujeta al impuesto.

COMUNIDAD

R. 5 abril 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8794)

Deniega la inscripción de una escritura de extinción de comunidad otorgada exclusivamente por los dos únicos copropietarios, si bien uno de ellos figura como titular para su sociedad de gananciales. Es precisa la intervención de su cónyuge, en virtud de los artículos 1377 Cc y 94-3 RH. El recurrente alega que tales preceptos se refieren a actos de disposición, mientras que la extinción de comunidad no lo es.

La Dirección recuerda su doctrina. Se discute si la extinción de comunidad es título traslativo o meramente especificativo. La Dirección, desde el punto de vista de la capacidad, ha exigido la autorización judicial propia de los actos de disposición sobre inmuebles cuando hay varios bienes en comunidad y se rompe la regla de la posible igualdad del artículo 1061 Cc; y no la ha exigido cuando existe una sola finca en común -aunque se compense al menor- (R. 2 enero 2004) o cuando se forman lotes iguales (R. 28 junio 2007). La Dirección asume la doctrina de la STS 25 febrero 2011: la división de cosa común tiene naturaleza jurídica compleja; sea o no traslativa, lo cierto es que produce una mutación jurídico real esencial, pues extingue la situación de comunidad preexistente y modifica el derecho y el poder del comunero sobre el bien, por lo que es una verdadera atribución patrimonial apta como título inmatriculador de la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada.

CONCURSO E INSOLVENCIA

R. 20 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6369)

Deniega la inscripción directa de un auto del juez concursal en el que se aprueba la venta de determinadas fincas que forman una unidad productiva a diversos compradores. Para inscribir la adjudicación es precisa la escritura pública en la cual los titulares registrales y el adquirente formalicen la venta del bien con arreglo al auto aprobatorio.

La inscripción de la enajenación de bienes de personas en situación de concurso requiere la obtención del oportuno auto que lo autorice (artículo 155 LC), cuya acreditación se debe realizar mediante testimonio extendido por el secretario judicial que acredite su autenticidad y contenido, dando fe del mismo, el cual es título público a los efectos del artículo 3 LH. Pero para inscribir la transmisión es imprescindible que el título material (enajenación autorizada por el juez) conste en el título formal adecuado (artículo 33 RH), es decir en escritura pública en la que conste el negocio traslativo complementada por el título formal que acredite la autorización judicial.

Diferente fue el supuesto de la R. 6 octubre 2015, la cual declaró inscribible una adjudicación o venta directa de una finca en ejecución de un plan de liquidación, en cuyo auto aprobatorio el juez concursal decía expresamente que adjudicaba la finca al adquirente y que el auto constituía título y modo a efectos de la transmisión de la propiedad y título inscribible en los registros públicos correspondientes.

R. 20 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7084)

Admite la práctica de una anotación de embargo por deudas a la Seguridad Social, a pesar de que la sociedad deudora y titular registral se halla en fase preconcursal habiendo comunicado al Juez mercantil el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, en la vía del artículo 5 bis LC, según el cual desde dicha comunicación no podrán iniciarse ejecuciones necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

El último inciso del punto 4 del citado artículo 5 bis excluye de la norma los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.



Resoluciones

R. 14 febrero 2020 (BOE 188, 9-VII-20: 7531)

Suspende la inscripción de un mandamiento de ampliación de embargo expedido por la TGSS, porque si bien la diligencia de embargo es anterior a la declaración de concurso de la sociedad embargada, no consta el pronunciamiento del Juez mercantil sobre el carácter necesario o no del bien para la actividad profesional o empresarial del deudor.

Es doctrina reiterada que, anotada en el Registro la declaración de concurso, no cabe anotar más embargos posteriores que los acordados por el Juez concursal (art. 24-4 Ley Concursal), si bien el artículo 55-1, permite continuar los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiese dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales donde ya se hubiesen embargado bienes, todo ello antes de la declaración de concurso, pero siempre que se cumpla cumulativamente un segundo requisito (que no concurre en el supuesto calificado): que los bienes embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuestión ésta que queda a la apreciación del Juez del concurso.

R. 3 junio 2020 (BOE 200, 23-VII-20: 8405)

Consta inscrita en el Registro de la Propiedad la declaración de concurso del deudor, así como la aprobación del convenio de acreedores mediante sentencia. Posteriormente se practica una anotación de embargo decretada en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, en cuya tramitación se ordena ahora la expedición de certificación de dominio y cargas. La registradora deniega la expedición, por entender que, salvo que se trate de créditos contra la masa, deberá aportarse para su calificación el convenio de acreedores.

Sin embargo, la Dirección considera que la valoración de si un crédito es concursal (a los efectos de comprobar los requisitos establecidos en el convenio) o contra la masa, debió realizarse por el registrador al calificar el mandamiento que ordenó la anotación de embargo. Dado que la anotación se practicó, debe entenderse que tal comprobación se hizo, quedando el asiento bajo la salvaguardia de los tribunales. Distinto sería el caso de anotación extendida antes del concurso, pues en tal caso la solicitud de certificación significaría la reanudación del procedimiento interrumpido por la declaración de concurso, en cuyo caso sería procedente exigir la acreditación de la clase de crédito objeto de ejecución.

R. 19 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9069)

Deniega la cancelación de las inscripciones que reflejan la existencia de un procedimiento concursal sobre varias fincas, lo cual se pretende mediante una mera solicitud verbal con ocasión de la emisión de una nota simple.

Además de no cumplirse la exigencias del principio de titulación auténtica del artículo 3 LH, debe recordarse que la nota simple tiene un valor meramente informativo, es una mera reproducción de los asientos registrales y que sólo procede la depuración jurídica de las cargas canceladas con ocasión de la práctica de un asiento o de la expedición de una certificación (artículo 353-3 RH). Por otro lado, configurada la situación concursal como una situación que afecta a las facultades dispositivas del deudor, hasta que la finca no salga del patrimonio del concursado por enajenación de la misma con los requisitos legales, o

hasta que concurra autorización judicial cuando sea procedente, no podrá extinguirse la referencia a la situación concursal del titular.

R. 14 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9208)

Deniega la inscripción de una escritura por la que una finca es comprada por una sociedad que figura en el Registro Mercantil -según consulta realizada por la registradora de la Propiedad- declarada en concurso de acreedores con intervención de las facultades de administración. Debe exigirse la intervención del administrador concursal (artículo 40 LC). Por su parte, el notario autorizante ha realizado la reseña identificativa de los documentos auténticos exhibidos para acreditar la representación alegada, pero no ha expresado que a su juicio son suficientes las facultades representativas de la parte compradora.

R. 20 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9219)

R. 14 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9210)

Deniega la cancelación de un asiento de arrendamiento financiero practicado a favor del banco arrendador en el Registro de Bienes Muebles. La cancelación se pretende en virtud de auto del Juez del concurso de la arrendataria que, en ejecución del plan de liquidación que autoriza la venta del vehículo, ordena el levantamiento de la "reserva de dominio" que pesa sobre el mismo.

El arrendamiento financiero y la reserva de dominio propia del contrato de venta a plazos de bienes muebles, son figuras diferentes. En la venta a plazos, al finalizar el pago se le transmite al comprador directamente la propiedad, porque tal transmisión dominical es la única finalidad del contrato; mientras que en el arrendamiento financiero hay una transmisión del uso a cambio de una cuota periódica, y además una opción de compra que hay que ejercitar si se quiere adquirir la propiedad. Por su propia naturaleza, en el arrendamiento financiero no cabe establecer pacto alguno de reserva de dominio o de prohibición de disponer. En el ámbito concursal, para el sector jurisprudencial mayoritario los bienes cedidos en arrendamiento financiero, al ser titularidad del arrendador, no deben ser incluidos en el inventario concursal del arrendatario; aunque hay un sector minoritario que reconoce al arrendador financiero la condición de acreedor con privilegio especial sobre los bienes arrendados, que en fase de liquidación pasan a ser titularidad del concursado.

En el caso resuelto hay aprobado un plan de liquidación por el juez del concurso en el que se ordena la cancelación del arrendamiento (constando además la alegación del administrador concursal de que el banco arrendador financiero no ha recurrido contra el plan). Pero hay un claro obstáculo registral, al ordenarse el levantamiento de una reserva de dominio que no existe y que conceptualmente es algo distinto del leasing, y puede tener consecuencias diversas en el ámbito registral. El defecto será fácilmente subsanable mediante mandamiento complementario donde se ordene la cancelación del arrendamiento financiero, si lo pretendido por el juez es darle el mismo tratamiento registral que a la reserva de dominio.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11325)

Admite la cancelación de un embargo a favor de Hacienda anterior a la declaración de concurso. Del Convenio de Acreedores aprobado por sentencia firme e inscrito resulta que quedará sin efecto cualquier procedimiento judicial o administrativo, incluyendo expresamente anotaciones y embargos sobre bienes del concursado, a instancias



de los acreedores obligados por el presente Convenio. En contra de la opinión del registrador, la Dirección entiende que consta cumplidamente la condición de la Hacienda Pública como obligada por el Convenio.

R. 9 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12831)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación de finca dictado por el Juzgado de Primera Instancia en procedimientos ejecución judicial de hipoteca, aunque con posterioridad a la interposición de la demanda, la sociedad propietaria de las fincas hipotecadas fue declarada en concurso que actualmente está en fase de ejecución. Lo que se cuestiona es si procede la ejecución separada por el juez ordinario, o si la competencia correspondía al juez del concurso. El juez concursal declaró que las fincas hipotecadas no eran necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada.

El artículo 57-3 LC (actual 149-2 Texto Refundido RDLeg 1/2020) prevé que las ejecuciones de garantías reales que fueron suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso, una vez abierta la fase de liquidación, se reanudarán acumuladas al procedimiento concursal, pero sólo respecto de bienes declarados necesarios para la actividad empresarial o profesional del concursado.

R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13555)

R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13556)

Deniega la inscripción de una certificación de adjudicación en subasta y mandamiento de cancelación de cargas dictados en procedimiento de apremio tramitados por la Agencia Tributaria en ejecución de hipoteca en garantía de deudas fiscales. De la consulta realizada por el registrador de la propiedad al Registro Público Concursal resulta que tanto la sociedad deudora como la sociedad hipotecante no deudora, se hallan declaradas en concurso voluntario, sin que conste publicada ni la celebración del Convenio, ni la apertura de la fase de liquidación.

En primer lugar, debe obtenerse resolución del Juez concursal acreditativa de que el bien hipotecado y ejecutado no es un activo esencial necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del hipotecante. En el concurso del deudor no hipotecante, el crédito tendrá la consideración de crédito ordinario (artículo 90-1-1º LC); y la finca hipotecada, al ser propiedad de un tercero, está excluida del activo de la sociedad deudora y de la competencia del Juez de su concurso (8). En el concurso del hipotecante no deudor, no se incluirá ni se calificará el crédito; pero en el inventario de la masa activa debe incluirse la finca hipotecada, si bien deduciendo de su valor el importe de la carga (82-3). La LC no regula expresamente el caso de que el concursado sea hipotecante no deudor; pero sí que regula la situación de que el concursado sea tercer poseedor del bien hipotecado, disponiendo que tal situación de concurso no afectará a la ejecución de la garantía (56-4). Pero la Dirección entiende que no cabe aplicar por analogía esta solución legal para el caso del tercer poseedor, al caso del hipotecante por deuda ajena declarado en concurso. En este último caso procede obtener declaración del Juez concursal sobre si el bien es o no necesario para la actividad del concursado (regla general de los artículos 56 y 57 LC). Este diferente tratamiento entre las figuras del tercer poseedor y el hipotecante no deudor se ha visto confirmada por los artículos 145, 146 y 151 LC-2020.

En segundo lugar, no consta del expediente que se haya hecho previo requerimiento al hipotecante no deudor, lo cual viene exigido en el artículo 74 RD 939/2005 Reglamento General Recaudación.

CONDICIÓN

R. 21 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7184)

Consta inscrita condición resolutoria en garantía del precio aplazado de una compraventa que debía satisfacerse en varias entregas, siendo la última de ellas en abril de 2012, con pacto expreso de que si en el plazo de un año desde la fecha prevista para el pago no constase el ejercicio de la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad, podrá "la parte compradora o el propietario de la finca transmitida" solicitar la cancelación de la condición.

Ahora se deniega la cancelación de la condición por caducidad convencional, lo cual se pretende en virtud de instancia suscrita por los titulares de una anotación preventiva de embargo sobre la finca. El artículo 82 LH legitima sólo al titular registral de cualquier derecho sobre la finca para cancelar las condiciones resolutorias por prescripción legal, que es una facultad excepcional. Por titular registral hay que considerar a quien tiene inscrito algún derecho (artículo 38 LH), y no a quien tiene meramente a su favor una anotación preventiva, asiento provisional y temporal.

R. 27 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7193)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa de varias fincas cuyo precio se aplaza con condición resolutoria a los efectos del artículo 1504 Cc. Es preciso distribuir el precio aplazado entre las fincas vendidas, según resulta de los artículos 11, 119 y 120 LH; y 51 RH. La seguridad del tráfico inmobiliario demanda que el tercero pueda saber si cada una de las concretas fincas vendidas está sujeta a resolución y en qué medida la libera un pago posterior imputable a ella. Por otro lado, tampoco cabe la inscripción de la venta sin la condición, por no haberse solicitado la inscripción parcial en dichos términos.

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8894)

Deniega la reinscripción a favor del vendedor como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita, ex artículo 1504 Cc, por falta de pago del precio aplazado de una venta. La reinscripción se pretende mediante de la presentación de actas notariales que acreditan el requerimiento de pago al comprador y la contestación de éste manifestando que había pagado el precio en los términos que constan en otra acta de depósito del importe pendiente recalculado por el comprador.

Según doctrina consolidada, los requisitos para obtener la reinscripción a favor del transmitente como consecuencia de la condición resolutoria explícita son: aportación del título del vendedor; notificación judicial o notarial de quedar resuelta la transmisión, hecha al adquirente y sin oposición de éste (si hay oposición, hace falta pronunciamiento judicial sobre existencia de incumplimiento grave e injustificado); documento que acredite la consignación del importe que deba ser devuelto al adquirente o que corresponda por subrogación real a los titulares de derechos extinguidos (artículo 175-6 RH), teniendo en cuenta que la posible cláusula penal estipulada para el caso de resolución no puede deducirse de la cantidad



Resoluciones

a consignar, por cuanto podría ser objeto de corrección judicial (artículo 1154 Cc).

En el supuesto resuelto consta la expresa oposición del comprador a la resolución; y tampoco el vendedor ha acreditado la consignación de las cantidades percibidas por él.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11323)

R. 10 agosto 2020 (BOE 259, 30-IX-20: 11461)

Se pacta en una escritura de compraventa con precio aplazado que, para cancelar la condición resolutoria que lo garantiza, bastará con instancia privada con firmas legitimadas en la que el vendedor reconozca la realidad del completo pago y consienta la cancelación de la garantía. Presentada la instancia, el registrador deniega la cancelación por falta de titulación auténtica (artículo 3 LH), lo cual es confirmado por la Dirección, que no tiene en cuenta la alegación del recurrente de que la instancia privada se presenta al amparo del segundo párrafo del artículo 82 LH. Del examen de la escritura resulta evidente que no nos encontramos ante la previsión de una cancelación automática, sino que se hace preciso un documento cancelatorio donde se emita una declaración de voluntad.

R. 16 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11919)

Deniega la reinscripción del dominio a favor del cedente en una permuta de solar por obra futura, pretendida por concurrir una causa de resolución inscrita a los efectos del artículo 1504 Cc: haber transcurrido 12 años desde la escritura sin haberse solicitado licencia, lo cual se acredita mediante certificación municipal. No consta notificación alguna a la otra parte.

La Dirección recapitula su doctrina sobre requisitos para obtener la reinscripción a favor del transmitente como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita, ex artículo 1504 Cc: aportación del título del vendedor; notificación judicial o notarial de quedar resuelta la transmisión, hecha al adquirente y sin oposición de éste; documento que acredite la consignación del importe que deba ser devuelto al adquirente o que corresponda por subrogación real a los titulares de derechos extinguidos (artículo 175-6 RH), teniendo en cuenta que la posible cláusula penal estipulada para el caso de resolución no puede deducirse de la cantidad a consignar, por cuanto podría ser objeto de corrección judicial (artículo 1154 Cc).

R. 30 octubre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14907)

Consta inscrita la venta de una finca por una entidad de crédito a un particular, cuyo precio aplazado se garantiza mediante condición resolutoria expresa. Ahora se pretende la cancelación de la condición por pago, que se pretende mediante la aportación de un certificado de la propia entidad vendedora, donde se manifiesta que fue también la financiadora de la operación mediante un préstamo personal, cuyo número y fecha se hacen constar, el cual ya ha sido satisfecho.

Este documento bancario no es suficiente para la cancelación pretendida. En el ámbito registral es preciso el consentimiento cancelatorio del titular registral o en su defecto, resolución judicial (artículos 82 LH y 179 RH), en cuyo procedimiento sí podría tener virtualidad acreditativa del pago el documento bancario aportado.

COPIAS NOTARIALES

R. 7 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11100)

En su día se inscribió una hipoteca; y después una ampliación de la misma. En 2014 se presenta copia autorizada electrónica de la escritura de cancelación, que fue calificada negativamente, porque expresaba como principal la cantidad inicial sin tener en cuenta la ampliación. Ahora se presenta otra copia autorizada electrónica de la misma cancelación, expedida en 2019, en la que se hace constar como principal la cantidad correcta resultante de la ampliación.

La Dirección deniega la cancelación, confirmando la calificación negativa basada en las discrepancias entre las dos copia autorizadas presentadas. Deberá aclararse si ello obedece a la prestación de un nuevo consentimiento del otorgante rectificando la matriz, o a la rectificación por el notario de un error en la matriz o en la copia. Aunque su asiento de presentación ya caducó hace tiempo, la primera copia no es un documento extrarregistral, sino que, tanto ella como la nota de calificación que motivó, se conservan y deben conservarse en el archivo del Registro de la Propiedad.

COSTAS

R. 28 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7195)

Deniega la inscripción de la compraventa de un elemento integrado en una propiedad horizontal, cuya finca matriz linda con el dominio público marítimo-terrestre. El registrador, tras practicar la preceptiva comunicación al Servicio Periférico de Costas, ha recibido del mismo certificación de la que resulta que el edificio invade dicho dominio público.

El artículo 36 Reglamento de Costas (aprobado por RD 876/2014) ordena al registrador suspender la inscripción si la finca interseca o colinda con el dominio público marítimo terrestre conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, quien debe suministrarla a la DGRN en soporte electrónico. Así resulta de la interpretación de este precepto conjuntamente con la Sección Cuarta del Capítulo III del actual Reglamento de Costas, donde se regulan las inmatriculaciones y excesos de cabida que puedan afectar a este dominio público. El eje fundamental de esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección. Mientras la correspondiente aplicación informática para el tratamiento de bases gráficas no disponga de la información gráfica correspondiente a la línea de dominio público y zonas de afección a servidumbres, la única forma de determinar si hay intersección o colindancia será la certificación del Servicio Periférico de Costas; si bien su aportación sólo será exigible respecto de aquellas fincas que, según el Registro, el Catastro y los demás datos a que tenga acceso el registrador por su cargo, lindan con el dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres.

R. 17 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9061)

Estima el recurso contra la calificación que había denegado la inscripción de la compraventa de un departamento integrado en un edificio colindante con el dominio público marítimo-terrestre, según



la aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas georreferenciadas.

Para los supuestos en que se pretende la inscripción de transmisiones que afectan al dominio público marítimo terrestre, el artículo 36 Reglamento de Costas ordena al registrador suspender la inscripción si la finca intersecta o colinda con el dominio público. El registrador no sólo debe suspender la inscripción, sino tomar anotación preventiva por noventa días y notificar la circunstancia al Servicio Periférico de Costas para que, en el plazo de 1 mes desde la recepción de la petición, certifique si la finca invade el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación a las servidumbres de protección y tránsito. Transcurrido dicho plazo sin recibir la certificación, el registrador convertirá la anotación de suspensión en inscripción de dominio, lo cual notificará al Servicio dejando constancia en el folio de la finca.

En el supuesto resuelto, el registrador notificó la circunstancia al Servicio Periférico de Costas, quien tardó más de un mes en expedir certificación de la que resulta que el vuelo de la finca en parte invade dicho dominio público. El registrador debería haber convertido la anotación de suspensión en inscripción de dominio en los términos del artículo 36-2ª RC.

R. 12 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14920)

Suspende la inscripción de una sentencia, motivada por una demanda inicial y otra reconvenzional, que liquida dos obligaciones pecuniarias recíprocas, compensándolas y extinguiéndolas en la cantidad concurrente y, en cuanto al exceso, acordando su satisfacción mediante la dación por el deudor en pago de su deuda al acreedor, de una cuota de determinada finca que ya pertenecía en proindiviso hereditario a ambas partes. La causa de la denegación es que, a la vista de la aplicación gráfica auxiliar del Colegio de Registradores y estando el deslinde en tramitación, el registrador entiende que la finca puede invadir el dominio público marítimo-terrestre, por lo que debe proceder conforme al artículo 36 RC, requiriendo al Servicio Periférico de Costas para que informe sobre el particular. En contra de lo que sostiene el requirente, no estamos ante un acrecimiento de porción hereditaria, sino ante una verdadera transmisión onerosa de cuota.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada sobre inscripción de transmisiones que afectan al dominio público marítimo terrestre, bajo la vigencia del artículo 36 Reglamento de Costas aprobado por RD 876/2014, el cual ordena al registrador suspender la inscripción si la finca intersecta o colinda con el dominio público conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, quien debe suministrarla a la DGRN en soporte electrónico. Mientras la correspondiente aplicación informática para el tratamiento de bases gráficas no disponga de la información gráfica correspondiente a la línea de dominio público y zonas de afectación a servidumbres, la única forma de determinar si hay intersección o colindancia será la certificación del Servicio Periférico de Costas; si bien su aportación sólo será exigible respecto de aquellas fincas que, según el Registro, el Catastro y los demás datos a que tenga acceso el registrador por su cargo, lindan con el dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres. El registrador no sólo debe suspender la inscripción, sino tomar anotación preventiva por noventa días y notificar la circunstancia al Servicio Periférico de Costas para que, en el plazo de 1 mes desde la recepción de la petición, certifique si la finca invade el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación a las servidumbres de protección y tránsito. Transcurrido dicho

plazo sin recibir la certificación, el registrador convertirá la anotación de suspensión en inscripción de dominio, lo cual notificará al Servicio dejando constancia en el folio de la finca.

R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17075)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa, a pesar de que la registradora observó en la aplicación informática registral que la finca pudiera intersectar con la zona de dominio público marítimo-terrestre, y por ello actuó de conformidad con el artículo 36-2 RD 876/2014 de Reglamento de Costas: el día 31 de marzo de 2020 suspendió la inscripción, practicó anotación preventiva por 90 días y comunicó todo ello al Servicio Periférico de Costas, para que en el plazo de un mes emitiese certificado al respecto.

La posterior certificación confirma la invasión del dominio público, pero lleva fecha del 5 de agosto de 2020. En consecuencia, ha transcurrido cumplidamente el plazo reglamentario de un mes; y ello a pesar de la suspensión de plazos administrativos establecida por la pandemia desde el 14 de marzo de 2020 (adicional tercera RD 463/2020); ya que tales plazos fueron reanudados o reiniciados con fecha de 1 de junio (artículo 9 RD 537/2020).

En consecuencia, lo procedente es convertir la anotación de suspensión en inscripción de dominio, lo cual debe ser nuevamente notificado al Servicio Periférico de Costas.

DESCRIPCIÓN Y GEORREFERENCIACIÓN DE FINCAS

PROCEDIMIENTO REGISTRAL DEL ARTÍCULO 199 LH

R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6347)

Declaran procedente el inicio del expediente del artículo 199 LH para la inscripción de la representación gráfica resultante de una agrupación de fincas, que supone un exceso superior al 40% de la cabida inscrita, lo cual y en unión de otras circunstancias (diferencias en linderos y dudas de ubicación, sobre todo en cuanto a la pervivencia de un arroyo y la apertura de una calle), fundamenta las dudas de identidad planteadas por el registrador.

La Dirección estima que tales dudas deben resolverse precisamente durante la tramitación del expediente. De los datos examinados no puede afirmarse de modo inequívoco que ambas descripciones no vengan referidas al mismo recinto, ni que se esté encubriendo un negocio traslativo. Procede iniciar el expediente, sin perjuicio de la calificación final que proceda a la vista de lo actuado en el mismo.

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6364)

R. 21 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6375)

R. 21 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6376)

R. 11 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6666)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, una vez iniciado el procedimiento del artículo 199 LH, entendiendo fundadas las dudas del registrador, atendiendo a diversas circunstancias descriptivas y por existir oposición del colindante afectado, quien aporta documentación gráfica (incluso en la R. 17 enero se aporta documentación técnica elaborada en diferentes épocas), de lo cual resulta que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir.



Resoluciones

Podrá acudir al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 4 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6781)

Deniega la inscripción de una escritura que modifica la descripción de una finca según informe técnico y representación gráfica alternativa a la catastral.

La Dirección desestima algunos defectos señalados en la calificación. A pesar de no haberse aportado la escritura que por la presente se rectifica, lo cual sería en principio exigible, cabe inscribir el título de rectificación porque contiene todos los requisitos necesarios para la inscripción: consigna el negocio en su integridad y expresa el consentimiento contractual de todos los titulares del poder dispositivo sobre la finca. También se desestiman los defectos consistentes en la falta de aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica, y en la ausencia de manifestación expresa de no ajustarse la descripción del Catastro a la realidad física, lo cual resulta evidentemente del título y la documentación que incorpora.

Sin embargo, la inscripción se deniega porque la representación gráfica alternativa incorporada al título en PDF no reúne todos los requisitos técnicos exigidos por el apartado séptimo de la Resolución Conjunta (DGRN-DGC) 26 octubre 2015. En particular, debe aportarse un archivo informático con el contenido establecido en la resolución, firmado electrónicamente por el técnico y autenticado con firma electrónica u otros medios fehacientes por el propietario o autoridad competente. Ciertamente este defecto será fácilmente subsanable, por cuanto dicho apartado séptimo de la resolución conjunta prevé que cuando se aporte una representación gráfica derivada de la digitalización sobre la cartografía catastral, el cumplimiento de los requisitos exigidos se podrá acreditar mediante la aportación de informe de validación técnica del Catastro obtenible por cualquier interesado debidamente identificado a través de la Sede Electrónica catastral.

R. 18 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7075)

Admite la inscripción de una escritura de segregación que incorpora la representación gráfica georreferenciada alternativa a la catastral de la finca resultante de la agrupación, produciéndose una modificación de cabida respecto de la finca registral. Una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, el registrador deniega la inscripción sin más motivación de sus dudas de identidad que la oposición de un propietario colindante, sin base en informes técnicos o prueba documental. La Dirección no entiende justificadas las dudas de identidad.

R. 18 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7076)

Deniega la inscripción de una representación gráfica catastral. El registrador, antes de iniciar el procedimiento del artículo 199 LH y tras haber consultado la Sede Electrónica del Catastro y a la Sede del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, aprecia que la finca está íntegramente incluida en el dominio público marítimo terrestre, cuyo deslinde en esta zona no consta inscrito ni anotado. Es doctrina reiterada que la protección registral del dominio público no se refiere únicamente al que consta inscrito. La invasión demanial no es una sospecha del registrador, sino una certeza confirmada por la cartografía catastral y la demarcación del dominio público marítimo terrestre.

26 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7088)

Mediante R. 9 octubre 2019 la Dirección revocó la calificación que había suspendido la inscripción de una representación alternativa a la catastral, al haber manifestado el registrador que estimaba las alegaciones presentadas en el procedimiento del artículo 199 LH, pero sin explicarlas ni extractarlas de modo alguno, y sin que por tanto los interesados hubieran podido ejercitar su derecho a defenderse. Ahora bien, la resolución estableció expresamente que la revocación de la calificación por falta de explicación de las dudas de identidad no implica la inscribibilidad del documento calificado, sin perjuicio de que se pueda instar una nueva nota de calificación.

Tras lo resuelto por la Dirección, la registradora emite una nueva nota de calificación detallando de forma extensa y pormenorizada lo actuado en el procedimiento y las alegaciones de oposición presentadas. El interesado recurre contra la legalidad de esta segunda nota, pero la Dirección desestima el recurso mediante la R. 26 febrero 2020 que ahora se resume: el principio de legalidad exige permitir al registrador subsanar defectos formales en una previa calificación revocada, sin que el recurrente pueda pretender tener un derecho a obtener la inscripción sin reunir los requisitos legales.

R. 4 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7199)

Suspenden la inscripción de una representación gráfica catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH. La cabida que se pretende inscribir es casi el triple de la cabida inscrita; existe también oposición de un colindante fundada en diversa documentación que pone de manifiesto un conflicto sobre la titularidad de una concreta franja de terreno; las circunstancias concurrentes denotan la posible existencia de operaciones de modificación hipotecaria y negocios traslativos no formalizados debidamente ni inscritos. En definitiva, no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 4 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7200)

Suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra. El título incorpora un certificado técnico que georreferencia tanto la parcela como la porción de finca ocupada por la edificación, y en su virtud se pretende inscribir la representación gráfica de ambas, lo cual produce una significativa diferencia de cabida con la superficie inscrita. Iniciado al efecto el procedimiento del artículo 199 LH, la registradora suspende la tramitación por falta de correspondencia entre la finca inscrita y la parcela que consta en el certificado georreferenciado. Esta falta de identidad impide la inscripción de la obra nueva en tanto no quede determinada cuál es la finca sobre la que se ubica la edificación y su coincidencia con la registral. El requisito exigido en el artículo 28-4 LS de que la descripción de la finca sea "coincidente con el título" exige la identificación de la finca sobre la que se declara la obra nueva con la finca registral.

R. 11 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7350)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, entendiéndose fundadas las dudas de identidad expuestas por el registrador. Se trata de una casa de varias plantas inscrita con una superficie de 60 metros cuadrados (sin distinción de si se trata de superficie de parcela



o construida). Ahora se pretende inscribir una superficie de 75 metros de parcela y 131 metros construidos que -según se manifiesta en el título- incluyen una superficie adicional en planta baja no inscrita registralmente. Concorre la oposición de un colindante fundada en un informe técnico contradictorio, que pone de manifiesto un conflicto sobre la titularidad de una concreta franja de terreno. Además, de la cartografía catastral se desprende la existencia de una zona de terreno compartido. Podrá acudirse al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 1 junio 2020 (BOE 200, 23-VII-20: 8402)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, que supone un incremento de cabida desde 73 metros cuadrados inscritos a los 113 del catastro, y que es requisito previo para poder inscribir una declaración de obra cuya superficie en planta baja excede de la cabida inscrita. La Dirección considera fundadas las dudas del registrador, puestas de manifiesto tras haberse tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, derivadas no sólo de la magnitud del exceso de cabida, sino también de la posible invasión de un vial, mediando además la oposición expresa de la Administración en defensa del dominio público.

R. 24 julio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8498)

Admite el recurso contra la calificación que había denegado sin más la inscripción de una escritura de herencia en relación a una finca en cuya inscripción no figura la superficie solar, expresando el título una concreta cabida que coincide con la que figura en certificación catastral descriptiva y gráfica referida a parcela con la misma superficie y linderos. La registradora exige la tramitación de alguno de los procedimientos de rectificación descriptiva de los artículos 199 o 201 LH.

Sin embargo, la Dirección entiende que, si bien el procedimiento del artículo 199 LH debe iniciarse a instancia del titular registral (principio de rogación), esta solicitud se considera implícita en la mera presentación de un documento en que se rectifique la descripción literaria de una finca para adaptarla a la representación gráfica georreferenciada (apartado 2º-a Resolución-Circular 3 noviembre 2015).

R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8499)

Tras la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH, la Dirección deniega la inscripción de una representación gráfica catastral que supone un incremento de cabida del 63% respecto de la superficie inscrita, por concurrir las siguientes circunstancias: la finca es resto tras varias segregaciones en las cuales se determinó con exactitud la cabida restante; en la adquisición y declaración de obra nueva otorgadas por el interesado hizo constar la misma superficie inscrita; existe oposición fundada de colindantes, lo cual pone de manifiesto el conflicto sobre la titularidad de una concreta franja de terreno; por último, el propio recurrente reconoce en su escrito de recurso la existencia de negocios jurídicos no formalizados debidamente y no inscritos.

R. 3 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8506)

Deniega la inscripción de una representación gráfica catastral. El registrador inscribe el título de compraventa en cuya virtud se pretende registrar la georreferenciación, si bien para la inscripción de ésta inicia el procedimiento del artículo 199 LH, que es concluido por otro registrador, como consecuencia del traslado del primero, denegando la ins-

cripción de la representación gráfica por entender fundadas las dudas del registrador: existe oposición de colindantes los cuales aportan documentación que manifiesta el conflicto sobre la concreta ubicación y perímetro de la finca; existe una importante disminución de cabida y otras circunstancias que denotan la posible existencia de operaciones de modificación hipotecaria y negocios traslativos no formalizados debidamente ni registrados. En consecuencia, resulta que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá acudirse al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 3 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8507)

R. 3 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8508)

R. 3 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8509)

Estima el recurso contra la calificación registral que había denegado el inicio del procedimiento del artículo 199 LH para la inscripción de una representación gráfica, por el único motivo de existir una diferencia de superficie desproporcionada entre la cabida inscrita y la resultante de la representación aportada. El registrador no expresa ningún otro motivo que pudieran justificar sus dudas de identidad, como podrían ser posibles alteraciones de linderos, procedencia de la finca, previos excesos de cabida, modificaciones de antecedentes catastrales, posible existencia de transmisiones o modificaciones hipotecarias no formalizadas debidas ni inscritas. Por ello, lo procedente es estimar el recurso y tramitar el expediente.

R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9048)

Estima el recurso contra la calificación registral que había denegado la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, por el único motivo de existir una diferencia de superficie desproporcionada entre la cabida inscrita y la resultante de la representación aportada. El registrador no expresa ningún otro motivo que pudieran justificar sus dudas de identidad, como podrían ser posibles alteraciones de linderos, procedencia de la finca, previos excesos de cabida, modificaciones de antecedentes catastrales, posible existencia de transmisiones o modificaciones hipotecarias no formalizadas ni inscritas.

R. 19 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9070)

Deniega la inscripción de una representación gráfica catastral que implica rectificar la descripción de una finca haciendo constar que su actual cabida es de 714 metros cuadrados frente a los 496 que constan inscritos. La Dirección encuentra justificadas las dudas de identidad del registrador, puestas de manifiesto tras la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH.

Por lo demás, se desestiman los otros defectos relativos a la posible invasión de dominio público; y en particular, la oposición de un colindante que alega invasión parcial de una finca perteneciente a la Comunidad Autónoma. Las distintas Administraciones que pudieran resultar eventualmente perjudicadas se han pronunciado expresamente en el sentido de no advertir invasión demanial alguna.

R. 3 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11093)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral que supone un aumento de cabida respecto de la superficie inscrita, que coincide con la del Catastro. Una vez tramitado



Resoluciones

el procedimiento del artículo 199 LH, se estiman fundadas las dudas del registrador basadas en la existencia de una franja de terreno –que no figura ni en Registro ni en Catastro– que denota una posible alteración del perímetro de la finca inscrita, modificando su superficie y linderos, a lo que cabe añadir la oposición de un colindante que, aun que adolece de falta de fundamentación, corrobora que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca. Podrá acudirse al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 31 julio 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11314)

Admite la inscripción de una escritura de herencia y segregación, con su correspondiente representación gráfica georreferenciada alternativa a la catastral, tras haberse tramitado el procedimiento del artículo 199 LH. El registrador había denegado la inscripción, limitándose a transcribir las alegaciones de un colindante catastral, de las que se desprende una posible invasión parcial de su finca. No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando prueba escrita del derecho de quien formula la oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa.

R. 31 julio 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11315)

Estima el recurso contra la calificación que había denegado la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, porque una vez superpuesta a la cartografía catastral, se aprecia que la superficie georreferenciada no se corresponde con ninguna parcela catastral, ocupando un espacio que no está incorporado a dicha cartografía, considerando fundada una posible invasión de dominio público, más aún cuando el título manifiesta que la finca ha sido objeto de una previa cesión de terrenos al municipio. Lo procedente sin embargo, es iniciar al procedimiento del artículo 199 LH y practicar la oportuna notificación a la Administración para que ésta pueda pronunciarse sobre la posible invasión demanial.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11320)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral que supone un incremento respecto de la cabida inscrita, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, entendiendo fundadas las dudas del registrador, por existir oposición de los titulares de dos fincas colindantes, quienes aportan sendos informes técnicos contradictorios, que ponen de manifiesto un conflicto sobre la titularidad de una franja de terreno y por ello, que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá acudirse al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 16 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11921)

R. 21 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12042)

Suspenden la inscripción de sendas representaciones gráficas alternativas a la catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, entendiendo fundadas las dudas del registrador, atendiendo a diversas circunstancias descriptivas y por existir oposición de colindantes que aportan documentos fehacientes o informes técnicos, de los que resulta que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá

acudirse al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 24 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12043)

Estima el recurso contra la calificación que había denegado la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH para la inscripción de una representación gráfica catastral. La registradora suspende la operación solicitada porque no se le aporta un certificado acreditativo de la correspondencia entre la parcela catastral cuya representación se pretende inscribir, y la parcela catastral que figura en la inscripción registral. La escueta nota de calificación omite toda motivación que ha llevado a exigir el certificado de correspondencia.

R. 30 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12240)

Deniega la inscripción de una representación gráfica catastral, que implica la constancia de un exceso de casi el doble de la cabida inscrita, porque existe un previo pronunciamiento judicial con el mismo objeto en el que no se accedió a la inscripción del exceso, quedando como única posibilidad acudir al juicio declarativo. Las circunstancias indicadas, así como el hecho de que la representación gráfica configure el terreno como viales y la oposición de los colindantes, ponen de manifiesto cuestiones sobre la reordenación urbanística de los terrenos, que deberán dilucidarse en los cauces correspondientes y no en el expediente de inscripción de representación gráfica.

R. 8 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12827)

Declara procedente el inicio del expediente del artículo 199 LH para la inscripción de una representación gráfica catastral, que supone un notable exceso de superficie respecto de la cabida inscrita, lo cual y en unión de otras circunstancias (cambio en la numeración de la calle; posible invasión de dominio público; precisa delimitación de linderos en el Registro) fundamenta las dudas de identidad planteadas por el registrador. La Dirección estima que tales dudas deben resolverse precisamente durante la tramitación del expediente. De los datos examinados no puede afirmarse de modo inequívoco que ambas descripciones no vengán referidas al mismo recinto, ni que se esté encubriendo un negocio traslativo. Procede iniciar el expediente, sin perjuicio de la calificación final que proceda a la vista de lo actuado en el mismo.

R. 20 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13557)

Deniega la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, entendiendo fundadas las dudas del registrador, atendiendo a la oposición expresa de una administración pública (Junta Vecinal) y de un titular colindante, que presenta documentación que pone de manifiesto un conflicto sobre la propiedad de una concreta franja de terreno, que incluso ha dado lugar a un procedimiento judicial en la que ambos opositores han sido parte. De todo ello resulta que no es pacífica la delimitación gráfica que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá acudirse al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 30 octubre 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14748)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, que supone hacer constar en el Registro un considerable exceso de cabida y la correspondencia de la finca con dos parcelas catastrales separadas



por un camino. Durante la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH, el registrador notifica al Ayuntamiento, quien se opone a la constancia de la representación gráfica alegando que el camino es indudablemente de dominio público, que las Normas Subsidiarias prevén una anchura mínima de 6 metros para todos los caminos, que no se puede comprobar la anchura del camino en la representación gráfica y que en consecuencia, debería procederse al deslinde del mismo.

R. 30 octubre 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14750)

Deniega la inscripción de una modificación descriptiva de finca, que supone una notable alteración de cabida, por encontrar fundadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca, puestas de manifiesto al iniciar el procedimiento del artículo 199 LH. Las dudas de identidad pueden manifestarse por el registrador al comienzo del procedimiento, evitando dilaciones y trámites innecesarios.

R. 20 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15780)

R. 20 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15781)

R. 20 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15785)

R. 26 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15922)

Suspenden la inscripción de sendas representaciones gráficas alternativas a la catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, considerando la oposición de colindantes que aportan documentos fehacientes o informes técnicos de los que resulta la posible invasión parcial de sus fincas y, en todo caso, que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá acudirse al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 10 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17071)

Admite el inicio del procedimiento del artículo 199 LH para la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral. La finca cuya georreferenciación se pretende inscribir, procede por segregación de otra mayor y carece de referencia catastral propia, porque la segregación no se hizo constar en el parcelario catastral.

El artículo 10-3-b LH permite la aportación de representación alternativa a la catastral en los actos que determinen una reordenación de terrenos, incluyendo expresamente las segregaciones. La dudas de identidad planteadas por el registrador no resultan fundadas, ya que se limita a rechazar la inscripción porque la finca carece de referencia catastral propia, en lugar de apreciar falta de correspondencia entre la finca y la representación gráfica aportada. Lo procedente es iniciar la tramitación del procedimiento, del cual podría resultar en su caso la práctica de la operación solicitada.

R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17074)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, por entender fundadas las dudas del registrador de que la representación aportada incluye un terreno adicional colindante, de modo que con su inscripción se pretende encubrir la inmatriculación de dicho terreno y su agrupación a la finca inscrita, lo cual es reconocido por el propio recurrente en su escrito de recurso. Por lo tanto, no se cumple el criterio consolidado de que la registración de excesos de cabida sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato descriptivo inscrito, resultando indubitado que tal rectificación no altera la realidad física exterior

que se acota en la descripción registral. Por el contrario, en este caso la inscripción de la representación gráfica alteraría dicha realidad al exceder de la mera rectificación de un erróneo dato superficial inscrito.

Lo procedente sería inmatricular el terreno adicional y agruparlo con la finca ya inscrita. Sería admisible que la agrupación se hiciera en el mismo título inmatriculador de la porción colindante, o en otro título anterior que accediese simultáneamente al Registro. Ciertamente el artículo 205 LH exige coincidencia entre la certificación catastral descriptiva y gráfica y la descripción literaria de la finca que se pretende inmatricular; pero la Dirección, realizando una interpretación teleológica de dicho requisito, admite que la certificación catastral se refiera a toda la finca resultante de la agrupación (lo contrario supondría imponer una segregación catastral destinada a quedar sin efecto por una inmediata agrupación).

Sin embargo, la oposición de un colindante que alega la invasión de un terreno que le pertenece, sobre la base de diversos títulos, pone de manifiesto la existencia de un conflicto sobre una concreta franja de terreno, cuya resolución corresponde a los tribunales.

R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17078)

Deniega el inicio del expediente del artículo 199 LH y por tanto suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, por entender fundadas las dudas del registrador en cuanto a la identidad de las fincas representadas con las fincas inscritas. Hay que tener en cuenta que se trata de dos fincas cuyas respectivas georreferenciaciones constan ya inscritas, existiendo coordinación gráfica tanto en el Registro como en el Catastro. Lo que ahora se pretende es modificar la superficie y perímetro de la representación gráfica inscrita, lo cual implica duplicar la superficie conjunta de ambas fincas.

La R. conjunta de DGSJFP y DGC 23 septiembre 2020 sobre intercambio técnico de información entre Catastro y Registro, determina que una representación gráfica alternativa se considera equivalente a la cartografía catastral cuando no excede de un margen de tolerancia gráfica medido desde el borde exterior de la finca, que en el caso de fincas urbanas es de $\pm 0'50$ metros y en el caso de las rústicas es de $\pm 2'00$ metros. La representación alternativa aportada tampoco puede considerarse equivalente a la catastral, porque excede con mucho de este margen de tolerancia.

PROCEDIMIENTO NOTARIAL DE LOS ARTÍCULOS 201 Y 203 LH

R. 25 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7185)

R. 25 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7186)

R. 25 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7187)

Presentada el acta notarial de rectificación descriptiva prevista en los artículos 201 y 203 LH, en la que se solicita la certificación prevista en dichos preceptos, el registrador deniega la solicitud porque la finca consta inscrita con una cabida significativamente menor que la que se pretende inscribir sobre la base del Catastro. Lo que se debate es si en los expedientes del artículo 201 se exige la coincidencia entre la nueva descripción que se pretende hacer constar en el Registro y la que figura en el título de dominio del promotor.

La Dirección rechaza la calificación y admite la expedición de la certificación solicitada. Es para los supuestos de inmatriculación que las

normas exigen la aportación del título de dominio y la coincidencia entre las descripciones del mismo y del Catastro, ya que en el expediente de dominio inmatriculador lo fundamental es acreditar el dominio de la finca. A diferencia de ello, el expediente de rectificación descriptiva del artículo 201 se inicia mediante la aportación al notario de la descripción registral de la finca y su descripción actualizada, sin que sea por tanto, preciso aportar el título dominical. Por otro lado, el expediente de dominio notarial es un verdadero expediente de jurisdicción voluntaria, heredero del anterior expediente de dominio judicial; y no puede considerarse un mero complemento del título de dominio (como ocurría con las actas complementarias de inmatriculación del antiguo artículo 199-b LH).

R. 17 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9062)

Suspende la inscripción de una acta notarial por la que se concluye un procedimiento notarial de rectificación descriptiva del artículo 201 LH, porque se estiman las dudas de la registradora sobre la identidad de la finca, las cuales se basan en la falta de correspondencia entre la finca registral y la representación gráfica aportada, considerando que se ha alterado la configuración catastral anteriormente vigente al tiempo de la inmatriculación de la finca, modificando la superficie, forma y perímetro de la parcela, por lo que se estima que se han debido realizar operaciones de entidades hipotecarias (segregaciones, agrupaciones) que han tenido acceso al Catastro pero no al Registro. Ciertamente, en el expediente del artículo 201 LH pueden llevarse a cabo las pruebas y diligencias necesarias para disipar tales dudas. Sin embargo esto no se ha hecho en el caso que nos ocupa.

R. 16 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9212)

Admite la inscripción del acta notarial por la que se concluye un procedimiento de rectificación descriptiva tramitado conforme al artículo 201 LH, en cuya virtud se pretende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral. Las dudas de identidad de la registradora se basan en la magnitud del exceso de cabida y en la alteración de linderos fijos que resultan de la representación gráfica, pero sin explicar ninguna otra circunstancia adicional que acredite la existencia de un negocio traslativo encubierto.

La Dirección recapitula su doctrina sobre el procedimiento del artículo 201. Este procedimiento permite inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza y magnitud. Las dudas del registrador deben ponerse de manifiesto ya al tiempo de expedir la certificación, si bien cuando -como en este caso- la certificación haya sido expedida por una registradora diferente, su juicio no vinculará a la nueva, salvo que se hubiese practicado anotación preventiva de inicio del procedimiento. El artículo 201-d-1 prevé expresamente la posibilidad de aportar una representación gráfica alternativa, a diferente de lo que ocurre en los supuestos de inmatriculación (artículos 203 y 205), donde obligatoriamente la representación gráfica debe ser catastral.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11318)

Habiendo caducado la anotación preventiva que advierte de la expedición de certificación de dominio y cargas al inicio del procedimiento notarial de rectificación descriptiva del artículo 201 LH, se solicita una nueva anotación sin expedir una nueva certificación. La Dirección lo deniega. De las reglas tercera, cuarta y quinta de dicho artículo resulta una cierta interrelación entre la expedición de la certificación y la práctica de la anotación. No se contempla la posibilidad

de tomar anotación preventiva sin que se expida la correspondiente certificación. Acceder a la pretensión del recurrente favorecería que el procedimiento pudiera prolongarse indefinidamente sobre la base de una misma información inicial, que es el único momento donde el registrador puede exponer sus dudas de identidad.

R. 2 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11637)

Admite la inscripción de un expediente notarial de dominio, tramitado conforme a los artículos 201 y 203 LH para inscribir una representación gráfica alternativa a la catastral, que supone hacer constar un exceso de cabida que duplica la cabida inscrita, declarando además el propietario que la finca está atravesada por el AVE en una franja que fue en su día expropiada sin que dicha expropiación conste en el Registro.

Las dudas del registrador se fundan sólo en que la finca haya sido objeto de una expropiación parcial no inscrita. Sin embargo, la Dirección recuerda su doctrina: para la inscripción de la finca resto de una expropiación no es necesaria la previa inscripción de dicho procedimiento, como no es necesaria la previa inscripción de una segregación no inscrita para disminuir la superficie en la finca matriz que posteriormente se transmite. Además, tales dudas se debieron haber puesto de manifiesto al tiempo de expedir la certificación inicial del procedimiento.

También se desestima el otro motivo de suspensión. Consta la mera oposición de un propietario colindante, que afirma la invasión de su finca, pero sólo aporta certificación registral acreditativa de la titularidad de su finca, así como certificación catastral. Estas certificaciones nada añaden a la tramitación del expediente. No se determina en qué modo se produce la pretendida invasión, ni cuál es la delimitación gráfica de la finca colindante presuntamente invadida, ni se sustentan documentalmente de cualquier otra manera los motivos de oposición.

R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17076)

Suspende la inscripción de un acta notarial de rectificación de descripción de finca, tramitada conforme al artículo 201 LH, que supone triplicar la cabida de la finca respecto de la superficie inscrita.

Es doctrina consolidada que el expediente del artículo 201 LH es aplicable incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial exceda del 10% de superficie inscrita, o se trate de una alteración de linderos fijos. Ahora bien, también es doctrina que, aunque el requisito de correspondencia entre la descripción inscrita y la representación gráfica aportada se establezca sólo para los casos de inmatriculación, lo cierto es que todo expediente de rectificación descriptiva tiene como presupuesto que la representación gráfica se refiera a la misma porción de terreno que la finca registral, lo cual debe ser objeto de calificación registral.

Y lo cierto es que la Dirección estima fundadas las dudas de identidad expuestas al respecto por el registrador, dada la notable desproporción de superficie y la existencia de alteraciones en la cartografía catastral en las que sucesivamente se ha ido incrementado la superficie de la parcela con la cual se dice que se corresponde la finca inscrita.

SUPUESTOS ANTERIORES A LA LEY 13/2015

R. 11 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7351)

Deniega la inscripción de un exceso de cabida decretado en auto que pone fin a un expediente de dominio tramitado conforme a la



legislación anterior a la Ley 13/2015, aunque presentado después de su entrada en vigor. El exceso que se pretende inscribir supera la quinta parte de la cabida inscrita. La registradora manifiesta tener dudas sobre la identidad de la finca, por haberse formado la finca por segregación de otra anterior, y por no coincidir la superficie declarada con la catastral, por lo cual exige como requisito de inscripción la aportación de representación gráfica catastral o alternativa de la finca.

La Dirección desestima el argumento que basa las dudas de identidad en el hecho de proceder la finca de previa segregación, porque no fue manifestado en la certificación de comienzo del procedimiento, que es el momento procesal oportuno para permitir al Juez disipar tales dudas en la fase de prueba. Pero por lo demás se confirma la calificación: para la inscripción de excesos de cabida que superen la quinta parte es preciso aportar certificación catastral descriptiva y gráfica coincidente.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

R. 6 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6791)

Consta inscrita una segregación de finca, pero sin descripción completa del resto de finca matriz. Ello no es obstáculo para que ahora se admita la inscripción de una escritura de herencia en la que se mantiene la descripción que todavía consta en el Registro.

R. 20 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7183)

Se presentó escritura de donación del 87% de una finca registral, que se describe ahora como formada por dos parcelas catastrales separadas por un camino, con asignación a la cuota donada del uso exclusivo de una de las dos parcelas. Se hace constar que consta ya inscrita la venta del restante 13% con asignación del uso de la otra parcela catastral. Calificada negativamente la donación por implicar parcelación sin licencia y en contravención del régimen de unidades mínimas de cultivo, la escritura se subsana para eliminar el pacto de asignación de uso y se vuelve a presentar. El registrador mantiene su calificación negativa.

Pero la Dirección, que considera correcta la inicial calificación negativa, admite ahora la inscripción del título subsanado. Ciertamente están sometidos a licencia, no sólo los actos expresos de parcelación, sino cualquier escritura de la que resulte o derive un acto de parcelación con independencia de su naturaleza. Pero en este caso, se ha eliminado el pacto de asignación de uso; y además el restante 13% está ya inscrito a nombre de un tercero comprador y por ende, también está ya inscrita la porción objeto del título a favor del ahora donante. Tal vez aquella venta no debió haberse inscrito en su día, pero se trata de un asiento ya practicado que no puede verse afectado por el recurso.

R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8497)

Se refiere al mismo título que la R. 28 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18556), la cual suspendió la inscripción de una escritura por la que se segregaban como fincas independientes varias porciones de una finca discontinua, que se correspondían no sólo con parcelas catastrales enteras sino también con partes de otras parcelas catastrales. El motivo de la denegación fue que la georreferenciación de las fincas segregadas y resto no se aportaba en el formato GML exigido por la R. conjunta DGRN-DGC 26 octubre 2015, sino mediante sus coordenadas UTM en soporte papel. El artículo 9-b LH contempla el caso de que la

representación gráfica alternativa afecte a parte de parcelas catastrales, exigiendo que respete de delimitación que conste en la cartografía catastral y que cumpla con los requisitos técnicos que permitan su incorporación a la misma, reconociendo a estos efectos como suficiente la aportación de un informe de validación catastral que contenga la representación de las partes de parcela afectadas y no afectadas así como la delimitación del perímetro catastral. La mera aportación del informe de validación permitirá obtener, mediante su código seguro de verificación, en la Sede Electrónica del Catastro el archivo GML con la representación gráfica. La Dirección rechaza la alegación del recurrente de que no existe aún un sistema informático de intercomunicación entre notarías y registros para la remisión de archivos GML. La sencillez de este formato de texto alfanumérico permite la transmisión de su contenido a través de los actuales sistemas de presentación telemática de documentos en el Registro de la Propiedad, siempre que dicho texto sea susceptible de copiado informático. Ahora bien, como ya se ha indicado el método más idóneo y sencillo para incorporar a la escritura, de modo indubitado y accesible al Registro, una georreferenciación alternativa a la catastral es la incorporación del CSV del informe de su validación.

Tras esta primera calificación negativa confirmada por la Dirección, el título se vuelve a presentar junto con un acta complementaria que aclara las referencias catastrales que se dicen correspondientes con la finca matriz inscrita. La R. 2 junio 2020 vuelve a denegar la inscripción, confirmando la nueva calificación negativa basada en la desproporcionada diferencia entre la cabida catastral y la inscrita.

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8903)

Suspende la inscripción de una escritura por la que se segrega como finca independiente una porción formada por cinco parcelas catastrales y parte de otra. En la escritura se incorporan las cinco representaciones gráficas catastrales de las cinco parcelas independientes, así como informe de validación para la representación gráfica de la superficie que sólo constituye parte de otra parcela. Este supuesto es distinto del recogido en el último párrafo de la R. conjunta DGRN-DGC 26 octubre 2015, ya que no es una finca formada por varias representaciones gráficas catastrales solamente, sino que se trata de una combinación de representación gráfica catastral y alternativa, que no permite alcanzar la coordinación gráfica ni efectuar las comunicaciones al Catastro previstas en el artículo 10 LH, sin antes elaborar una representación gráfica única comprensiva de todas las aportadas.

R. 14 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9206)

Se refiere al mismo supuesto que la R. 7 mayo 2018 (BOE 125, 23-V-18: 6872), la cual había denegado la inscripción de una segregación sobre finca inscrita como rústica. La porción segregada venía constituyendo parcela catastral urbana independiente desde el año 1998, por lo que se pedía su inscripción por antigüedad, sin licencia. El artículo 32 Ley 12/2017 de Urbanismo de las Illes Balears (vigente al tiempo de autorizar la escritura) exige licencia para las segregaciones y divisiones, como ya lo hacía el artículo 13 de la Ley 6/1997 de Suelo Rústico de las Islas Baleares (vigente al tiempo de la individualización fehaciente de la parcela). Por otro lado, no estaba suficientemente acreditada la clasificación urbanística de la finca como urbana: en el Registro era rústica; aunque la parcela catastral era urbana; y el entorno era rústico. La Dirección entendió exigible licencia de segregación, declaración municipal de innecesariedad o declaración de la Administración com-



Resoluciones

petente acerca de la efectiva prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística.

Ahora el mismo título es presentado de nuevo junto a dos documentos municipales con los que se pretende acreditar la prescripción de la acción para restablecer la legalidad urbanística: certificado del que resulta el carácter de fuera de ordenación de las edificaciones existentes; y certificado del que resulta el carácter ilegal de las segregaciones posteriores al 1 de enero de 1993. La Dirección vuelve a denegar la inscripción, porque de esos certificados sólo resulta lo siguiente: que la finca se ubica en una Zona de Régimen Especial cuyo régimen urbanístico debe regularse mediante un Plan Especial, que en este caso no se ha llegado a aprobar definitivamente; y que sería posible la inscripción de las edificaciones al amparo del artículo 28-4 LS; pero lo que no permite es inscribir las segregaciones pretendidas, ilegales y prohibidas en tanto no se regularicen mediante la aprobación del Plan Especial.

R. 2 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11090)

Deniega la iniciación del procedimiento del artículo 199 LH para inscribir la georreferenciación de una finca, lo cual supone reducir su cabida inscrita, justificándose esta circunstancia por haber tenido lugar una expropiación pendiente de inscripción.

La Dirección recuerda su doctrina: para la descripción del resto tras una expropiación, no es necesaria la previa inscripción del procedimiento, como no es necesaria la inscripción de una segregación no inscrita para disminuir la superficie en la finca matriz que posteriormente se transmite. En consecuencia, cabe aplicar también a estos supuestos de expropiación pendiente de inscripción la solución prevista en el artículo 47 RH, que permite la inscripción en diferente momento temporal de segregaciones formalizadas en diversos títulos, o negocios sobre el resto, debiendo en tales casos aportarse sólo la representación gráfica de la porción que es objeto de inscripción en cada momento.

Sin embargo, en el caso resuelto lo procedente no es hacer desaparecer del folio real la superficie expropiada como si nunca hubiera existido, sino determinar con precisión cuál es la porción resto que ha sido objeto de segregación y expropiación no inscrita, y que ha de quedar registralmente vigente y pendiente para cuando la Administración cumpla su obligación legal de inscribir la expropiación conforme al citado artículo 47 RH.

R. 16 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11916)

R. 16 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11915)

Deniegan la inscripción de la venta de una participación de 1/120 de finca una rústica sita en Murcia de la que ya antes se habían vendido participaciones similares a diferentes compradores, aunque en todo caso sin asignación formal de uso.

El artículo 79 RD 1093/1997 exige licencia de parcelación o declaración de innecesariedad, no sólo para la división o segregación de fincas en suelo no urbanizable, sino también para todo supuesto en que, por las circunstancias de la descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población. Por su parte, el artículo 105 de la Ley murciana 13/2015 de Ordenación territorial y Urbanística exige licencia para toda parcelación, entendida como todo acto de división

de terreno para su incorporación al proceso urbanizador, o que pueda dar lugar a la transformación urbanística del suelo o a la formación de un núcleo urbano. Es doctrina consolidada que en la actualidad el concepto de parcelación urbanística trasciende de la mera división material de terrenos.

Además, en el supuesto resuelto, una vez activado el procedimiento del citado artículo 79, el Ayuntamiento remite certificación advirtiendo de la existencia de parcelación urbanística ilegal, ordena la práctica de nota marginal para hacer constar en el Registro la orden de ejecución de las operaciones necesarias para restaurar los terrenos a su estado anterior a la infracción.

R. 16 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11917)

Admite la inscripción de una escritura actual de segregación de local comercial realizada con anterioridad al plazo de prescripción de posibles infracciones urbanísticas, justificándose con certificado técnico que la segregación se hizo conforme a planos y proyecto de reforma de 2000 y con certificado de fin de obra de 2001.

Como cuestión previa, la Dirección considera exigible la licencia para la división de un elemento en propiedad horizontal, de conformidad con el artículo 10-3-b LPH, pues se crea un elemento privativo más de los que existían, sin que la normativa castellano-leonesa, aplicable al caso, contenga previsiones normativas al respecto.

Ahora bien, es doctrina consolidada la que reconoce la analogía a la hora de admitir la prescripción acreditada para inscribir, no sólo edificaciones (artículo 28-4 LS), sino también divisiones o segregaciones antiguas, pero eso sí, siempre que no exista una norma estatal o autonómica que declare expresamente la nulidad de la parcelación sin licencia, o un pronunciamiento judicial en tal sentido. En el supuesto resuelto, para acreditar la antigüedad de la edificación, se utiliza uno de los medios previstos en el artículo 28-4 LS.

R. 16 octubre 2020 (BOE 288, 31-X-20: 13327)

Admite la inscripción de una cesión onerosa de una servidumbre personal inscrita que lleva aparejada la asignación del uso exclusivo de un módulo (línea poligonal cerrada descrito en la inscripción y correspondiente a determinada parcela catastral) en el que se ubica un puesto de observación de la naturaleza.

No es preciso obtener licencia de parcelación, porque no se están creando "parcelas" en el sentido de los artículos 26 LS estatal y 143 LS madrileña. No hay desmembración *ex novo* de la titularidad en un proindiviso, sino mera transmisión de un derecho inscrito, de modo análogo a la transmisión de una cuota indivisa previamente inscrita, que no justifica la exigencia de intervención administrativa alguna (salvo que fuese acompañada de un indicio cualificado como podrían ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca, o la conversión de comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones). La concreción territorial en este supuesto tiene por objeto la identificación del derecho real inscribible, pero no provocar el fraccionamiento de la finca. Lo procedente es que el registrador inicie el procedimiento de los artículos 79 y 80 RD 1093/1997 para que la Administración pueda analizar la cuestión y dictar la resolución que proceda.



R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13548)

Se refiere a una escritura de segregación otorgada en 1978, bajo la vigencia del Texto Refundido de Ley del Suelo de 1976, acompañada de un certificado municipal actual acreditativo de que no consta ninguna licencia de segregación relativa a la finca, si bien se reconoce la preexistencia individualizada de la porción segregada como parcela catastral independiente desde fecha anterior (1976) a la vigencia de las actuales normas urbanísticas.

Resulta aplicable la doctrina de la Dirección favorable a la inscripción de segregaciones de cierta antigüedad. La segregación es un acto eminentemente registral, cuya inscripción queda sujeta a los requisitos vigentes al tiempo de la presentación, aunque su otorgamiento se haya producido bajo un régimen normativo anterior. El Tribunal Constitucional y el Supremo han matizado el principio de irretroactividad, en el sentido de admitir la aplicación de las normas a actos nacidos bajo la legislación anterior pero cuyos efectos no se hayan agotado o consumado y siempre que no perjudiquen derechos consolidados de particulares. Para la Dirección esta retroactividad deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de parcelación conformes con la legislación vigente al tiempo de producirse. Por ello, la R. 17 octubre 2014 reconoció la analogía a la hora de admitir la prescripción acreditada para inscribir, no sólo edificaciones (artículo 28-4 LS), sino también divisiones o segregaciones antiguas, pero eso sí, siempre que no exista una norma estatal o autonómica que declare expresamente la nulidad de la parcelación sin licencia, o un pronunciamiento judicial en tal sentido.

Sin embargo, en este caso concreto la inscripción se deniega porque, si bien el consentimiento para la segregación fue otorgado por los cónyuges que eran entonces titulares registrales, los titulares actuales son uno de ellos y los herederos del otro, cuyo consentimiento es necesario para inscribir ahora la segregación. Ciertamente el artículo 1257 Cc extiende la eficacia de los contratos a los herederos de los contratantes; pero lo que ha ocurrido es que en el inventario de la herencia del cónyuge fallecido se incluyó por error toda la finca con su descripción previa a la segregación, de modo que la rectificación de este error exige consentimiento de todos los titulares registrales o resolución judicial (artículo 40-d LH).

DOCUMENTO ELECTRÓNICO

R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6346)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación, agrupación y permuta otorgada en ejecución de una sentencia judicial firme que condenaba a la Gerencia de Urbanismo de determinado Ayuntamiento, porque el código seguro de verificación que figura en el título no puede ser leído ni escaneado.

Por otro lado se desestiman los otros defectos de la calificación relativos a la propiedad de los bienes permutados y al cumplimiento de los requisitos administrativos exigidos para la permuta de bienes de entidades locales. De conformidad con el artículo 100 RH el registrador no puede calificar los fundamentos de fondo del fallo.

DOCUMENTOS JUDICIALES

R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8501)

Admite la inscripción de una sentencia en cuanto supone la rectificación descriptiva de varias fincas: cancelación de la referencia catastral, cabida y linderos en varios asientos correspondientes a actos de transmisión, gravamen y modificación hipotecaria sobre las mismas.

Es doctrina consolidada que las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles (salvo las dictadas en rebeldía, ex art. 524 LEC), si no constan obstáculos que lo impidan en el Registro, mediante la presentación de testimonio que acredite el contenido de la resolución y su firmeza. Así, en los aspectos señalados la sentencia calificada es declarativa y no de mera condena, y su contenido es inscribible. Ahora bien, los artículos 18 LH y 100 RH permiten denegar la inscripción de aspectos carentes de trascendencia registral, pese a proceder de la autoridad judicial, como ocurre en este caso con disposiciones encaminadas a obtener la rectificación catastral o actuaciones posteriores de la parte condenada.

R. 3 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8505)

Deniega la inscripción de una sentencia firme dictada en rebeldía de la parte demandada, por no constar en el testimonio el transcurso de los plazos del artículo 502 LEC para el ejercicio de la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía.

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8906)

En su día se inscribió la compra de un apartamento por unos particulares a una promotora. Sin embargo, el apartamento que realmente han venido usando los compradores es otro, de idéntica descripción pero en la planta inmediatamente superior, que continúa inscrito a nombre de la sociedad vendedora. Mediante sentencia firme se declara que los compradores son dueños del apartamento que realmente han ocupado y se ordena la cancelación de su inscripción a nombre de la promotora, la cual ha sido demandada en el procedimiento.

La Dirección considera inscribible la sentencia, desestimando la calificación negativa basada en que se ha utilizado un procedimiento ordinario para conseguir una reanudación de tracto. En el supuesto resuelto, el tracto no se ha interrumpido, pues la cadena de títulos públicos es completa y no hay por tanto títulos intermedios que deban suplirse. Lo que ha tenido lugar es una discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral debida a un error en los títulos relativos a la finca. Para su rectificación se ha respetado el contenido del artículo 40 LH, ya que no habiendo sido posible obtener el consentimiento voluntario de la sociedad titular registral, se ha obtenido una resolución judicial firme dictada en juicio declarativo contra la misma. Procede trasladar el historial registral de la finca erróneamente vendida al folio de la que realmente se quiso vender, ya que si bien el principio de rogación prohíbe al registrador actuar de oficio o practicar asientos distintos de los solicitados, tal criterio queda modalizado para los documentos judiciales, cuyas características aconsejan en la medida de lo posible que el registrador actúe de oficio, incluso a los efectos de inscripción parcial, a fin de dar cumplimiento a su deber constitucional de colaborar con las autoridades judiciales.

R. 8 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12825)

Deniega la cancelación de una anotación preventiva de demanda, por falta de firmeza del auto judicial que la ordena, al haber sido objeto de recurso de apelación aunque sin efecto suspensivo.



Resoluciones

Frente a la alegación del recurrente de que en su día para la práctica de la anotación de demanda no se exigió la firmeza de la resolución que la ordenó, la Dirección recuerda que las que deben ser firmes son las resoluciones judiciales que ordenan asientos definitivos (inscripciones y cancelaciones), porque son los que pueden provocar el nacimiento de la figura del tercero protegido por la fe pública (artículo 34 LH), consideración que no tiene quien haya obtenido a su favor una anotación de demanda.

DOCUMENTOS PRIVADOS Y SU ELEVACIÓN A PÚBLICO

R. 6 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7345)

En su día se otorgó documento privado de venta de varias fincas en el que las partes pactaron que, en el momento de la elevación a público, se determinaría la superficie real de las fincas transmitidas y en consecuencia el precio efectivo de la compraventa, lo cual se produjo en sede judicial llegando a una transacción homologada judicialmente mediante sentencia en la que se fija exactamente la superficie y el precio. Ahora se admite la inscripción de la escritura de elevación a público, otorgada en los mismos términos que la sentencia, aunque difiere de la descripción inscrita.

Es doctrina reiterada la que afirma que las escrituras de elevación a público de documentos privados tienen un contenido no sólo confesorio, sino también volitivo, al consignar un negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes tienen el pleno poder dispositivo sobre la finca y la capacidad para realizar el acto traslativo. La escritura del supuesto tiene función no sólo reconocitiva del negocio anterior, sino también complementadora del mismo, en desarrollo de lo pactado por las partes en el mismo documento privado. Por lo demás, un procedimiento judicial declarativo es también una vía de determinación de la superficie real de las fincas inscritas (artículo 204 LH).

R. 16 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9055)

Deniega la práctica del asiento de presentación de una instancia privada cuya finalidad no es provocar asiento registral alguno; en particular, solicitar la visita e inspección de una finca para evitar una usurpación de dominio público.

El artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan eficacia registral. Este precepto debe interpretarse en el sentido de que sólo procede denegar el asiento cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro, que es lo que ocurre en el caso resuelto.

R. 16 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11918)

Deniega la práctica de asiento de presentación de una instancia privada por la que se solicita la no inscripción de varias fincas que serían objeto de un procedimiento judicial. El artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan eficacia registral.

EMBARGO Y APREMIO

R. 20 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6370)

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, por falta de interven-

ción del titular registral en el procedimiento. Ciertamente el objeto del embargo que se ejecuta, no es la finca, sino un embargo anterior también anotado, de modo que el procedimiento se ha entendido exclusivamente con el titular del embargo que a su vez ha sido embargado. Sin embargo, entiende la Dirección que se ha producido indefensión para el titular registral de la finca en ejecución; y que -a diferencia de lo que alega el recurrente- este supuesto es diferente del reembolso del artículo 610 LEC (que implicaría la subrogación por el reembargante en la posición del primer embargante).

R. 7 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6797)

Suspende la inscripción de un acta de adjudicación del dominio de una finca derivada de un procedimiento de apremio fiscal, por no resultar de ella el estado civil del adjudicatario ni, en caso de estar casado, el régimen económico matrimonial así como el carácter del bien (artículo 51-9 RH).

R. 21 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7087)

Suspende la inscripción de una certificación de acta de adjudicación directa de fincas expedida en procedimiento de apremio administrativo. Cuando se abre el procedimiento de enajenación; es decir, cuando se celebra la subasta y se declara desierta en primera y segunda licitación, acordándose posteriormente la enajenación directa, ya se encuentra vigente la reforma del Reglamento General de Recaudación operada mediante RD 1071/2017 (en vigor desde el 1 de enero de 2018), la cual suprime la posibilidad de acordar la enajenación directa en caso de quedar desierta la subasta en segunda licitación.

R. 26 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7189)

Se refiere y continúa el mismo supuesto de la R. 10 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15116), la cual había suspendido la inscripción de una certificación de adjudicación directa de fincas expedida en procedimiento de apremio por deudas de la Seguridad social. Existía una hipoteca inscrita después de la anotación preventiva de embargo, aunque antes de la anotación de su conversión en definitiva. El valor de tasación hipotecaria de las fincas era de 161.000 €; la carga hipotecaria ascendía a 130.000 €; y el precio de adjudicación fue de 8.000 €. El artículo 123 bis apartado 4 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social establece que la adjudicación directa de bienes inmuebles deberá hacerse al menos por el 25% del valor de tasación a efectos de hipoteca, pudiendo descontar del mismo a estos efectos el importe de las cargas o gravámenes anteriores preferentes al derecho anotado de la Seguridad Social (artículo 111-4). El precio de adjudicación de 8.000 € cumpliría con el mencionado límite del 25% si entendiéramos que la hipoteca es preferente al embargo. Por el contrario, aunque la anotación de conversión en definitiva de la anotación preventiva de embargo es posterior a la hipoteca, los efectos de la conversión se retrotraen a la fecha de la anotación inicial, de modo que la hipoteca del supuesto es una carga posterior al embargo a favor de la Seguridad Social, que no puede descontarse del valor de tasación a estos efectos.

La R. 26 febrero 2020 se produce porque, recaída sentencia de Primera Instancia que declara no ajustada a Derecho la anterior resolución de 10 de octubre de 2018, ordena la inscripción de la certificación y la "cancelación de las cargas existentes". La actual registradora deniega la práctica de la cancelación ordenada, porque la expresión entrecorrida siembra dudas sobre si en ella se incluye o no la hipoteca. La Dirección confirma la calificación.



ESTADO CIVIL Y SU PRUEBA

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6365)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia en la cual la actual esposa del fallecido se adjudica una finca que consta inscrita a nombre del mismo pero con carácter presuntivamente ganancial de otro matrimonio anterior. Para desvirtuarlo, se incorpora a la herencia copia del libro de familia del causante y de su viuda, del que resulta que el primero era soltero al tiempo de contraer matrimonio. Se aporta también certificado literal de nacimiento sin que exista anotación marginal alguna de nulidad de matrimonio anterior, ni inscripción de sentencia alguna que lo anulase.

La Dirección recuerda su doctrina. La prueba de la soltería, a los efectos de rectificar el Registro de la Propiedad, requiere certificación de nacimiento en que no se refleje nota marginal alguna de referencia a otra de matrimonio (sin perjuicio de los supuestos de nulidad matrimonial), del mismo modo que el medio de probar el estado de casado debe ser la inscripción de matrimonio sin inscripción marginal de divorcio o separación judicial. Por otro lado, la rectificación del Registro de la Propiedad que afecte a una titularidad previamente inscrita requiere consentimiento de los titulares registrales de derechos, o resolución judicial dictada en procedimiento contra ellos (artículo 40 LH).

Ciertamente, cuando la rectificación se refiera a hechos susceptibles de ser probados de modo absoluto mediante documentos fehacientes, auténticos e independientes de la voluntad de los interesados, basta la petición de parte interesada. Sin embargo, para la Dirección los documentos presentados no prueban indubitablemente la inexistencia de matrimonio anterior, sobre todo por concurrir la circunstancia especialmente relevante de que la cotitular ganancial hizo valer los derechos que le otorgaba el asiento extendido a su favor, conforme al artículo 38 LH, ya que en el historial registral de la finca constan notas marginales de cancelación de hipoteca y condición resolutoria causadas por sendas instancias suscritas por ella.

EXPROPIACIÓN

R. 30 octubre 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14749)

El título calificado es un oficio y resolución del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, titular registral actual de la finca, por los que se solicita la cancelación por caducidad de un derecho de reversión establecido a favor de antiguos titulares expropiados. Es doctrina general que la cancelación de asientos exige el consentimiento del titular registral o la resolución judicial supletoria (artículo 82 LH). Pero esta regla tiene excepciones; y una de ellas es que el derecho se haya extinguido por imperativo del mismo título inscrito o por disposición directa de la ley. Ahora bien, para ello se exige certificación del órgano administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando además tal resolución haya adquirido firmeza también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Sobre la base de esta doctrina, en el caso resuelto la Dirección deniega la cancelación, porque no consta que el procedimiento se haya dirigido también contra el titular actual del derecho de reversión, que es una mercantil a la que la inicial titular del derecho lo cedió cuando aún estaba vigente.

FUNDACIONES

R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9051)

Admite la inscripción de una escritura de venta de inmuebles realizada por una fundación (el presidente nato de cuyo patronato es el Alcalde de Madrid) a favor de una sociedad mercantil. La Dirección desestima los defectos de la calificación.

En primer lugar, ciertamente existen contradicciones respecto del número de miembros del patronato: en los estatutos se dice que su número será de 8, pero en el Registro de Fundaciones sólo hay inscritos 5, que son los que aceptan por unanimidad la enajenación. La registradora exige la previa modificación estatutaria. Sin embargo, entiende la Dirección que tal exigencia no tiene sentido ya que, aun partiendo del número de patronos previsto en los estatutos, la asistencia y unanimidad de 5 patronos es ya quorum de constitución y mayoría suficiente. En efecto, no consta que los estatutos exijan la presencia de todos los patronos para la constitución del patronato; el cual por tanto adoptará sus acuerdos por mayoría de los patronos presentes o representados (artículo 11-1 RD 1337/2005 Reglamento estatal de Fundaciones). Pero es que además, del artículo 12 Ley 1/1998 Fundaciones de la Comunidad de Madrid, se sigue que hasta que el designado como patrono manifieste su voluntad de aceptar el cargo, no es posible computarlo en la composición del patronato.

Por otro lado, entiende la registradora que no están claras las delegaciones y sustituciones de voto de algunos patronos, en particular no entiende suficientemente acreditada la delegación de voto del Alcalde de Madrid, como miembro y presidente nato del patronato, cuya aceptación personal tampoco consta. Sin embargo, entiende la Dirección que la registradora sin argumentos claros no puede poner en entredicho la validez y suficiencia de las representaciones certificadas por el secretario del patronato.

Por último, tampoco cabe exigir una autorización expresa del protectorado, quien según la documentación aportada, tenía conocimiento de los acuerdos anteriores del patronato relativos a la venta calificada. De hecho, el propio protectorado analizó la validez y convocatoria del acuerdo adoptado y ordenó que la documentación relativa a la enajenación fuera depositada en el Registro autonómico de Fundaciones, todo lo cual implica haber superado el juicio de legalidad de la operación (incluyendo la representación de patronos). Pero es que además y sobre todo, hay que tener en cuenta el distinto régimen previsto para la enajenación de inmuebles de las fundaciones estatales (que precisan autorización del protectorado, según el artículo 21 de la LF 50/2002 estatal) y de las fundaciones de ámbito limitado a la Comunidad de Madrid (donde el sistema es el de mera comunicación al protectorado (artículo 16 LF madrileña).

HIPOTECA

CANCELACIÓN

R. 4 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6779)

Desestima el recurso contra la emisión de una nota simple que recoge la existencia de una hipoteca sobre la finca. El recurrente pretende obtener la cancelación de la hipoteca (y por tanto, su falta de constancia en la nota) mediante la aportación de fotocopias parciales de una escritura de partición de herencia del deudor, donde consta inventariada la finca como libre de la hipoteca por haber sido econó-



Resoluciones

micamente satisfecha la deuda. La cancelación exige consentimiento de la entidad titular registral o sentencia firme (artículo 82 LH).

R. 14 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7073)

Suspende la cancelación de una hipoteca que se pretende mediante la presentación de un mandamiento judicial librado en un procedimiento de ejecución hipotecaria por el que se traslada el decreto que acuerda la terminación del proceso por haberse satisfecho las pretensiones del actor en el procedimiento, ordenando la cancelación de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas. No se ordena la cancelación de la inscripción de hipoteca, pero aunque así se hiciese, el referido mandamiento no sería título hábil para cancelar una hipoteca, lo cual exige consentimiento del titular registral o sentencia firme en procedimiento seguido contra él (artículo 82 LH).

R. 27 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9291)

Consta inscrita desde 2011 una hipoteca en garantía de un conjunto extenso de operaciones financieras de diversa índole que la parte deudora tuviera concertadas o pudiera concertar en un futuro con determinado banco, manifestándose que la hipoteca se instrumenta mediante una cuenta corriente si bien con finalidad meramente contable. Se establece un plazo de duración, no de la cuenta corriente, sino de la hipoteca, la cual se constituye por 7 años, con hasta 5 prórrogas anuales que serán tácitas salvo notificación notarial en contra de una parte a la otra. Aunque en el título y la inscripción se denomina reiteradamente a la hipoteca como “de máximo”, también se manifiesta expresamente que la misma se constituye al amparo de los artículos 153 bis LH y 245 RH. Por ello, la Dirección entiende que no estamos ante una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente, sino ante una hipoteca flotante de las que prevén los dos artículos citados; y que la diferencia entre ambas figuras es esencial a los efectos de su cancelación por caducidad.

Así, en las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito, el plazo o duración que se estipula lo es del crédito, de modo que sólo cuando llega el vencimiento de éste -y sus prórrogas- es cuando empieza a contar el plazo de prescripción de la acción hipotecaria. Sin embargo, en las hipotecas flotantes el plazo estipulado lo es de la hipoteca, de modo que la misma podrá cancelarse por caducidad llegado el término pactado o la última de sus prórrogas.

Lo que se debate en este recurso es si ahora procede la cancelación por caducidad de la hipoteca, que se solicita mediante instancia privada en los términos del artículo 82-2 LH. La Dirección lo deniega. Ciertamente estamos ante una hipoteca flotante, han pasado los 7 años iniciales y se aporta acta notarial de oposición a la prórroga tácita otorgada en 2018 y que cumple con todos los requisitos pactados por las partes. A estos efectos nada obsta el hecho de que el plazo de caducidad haya sido efectivamente interrumpido, al constar en el Registro nota de expedición de certificación de dominio y cargas a efectos de ejecución hipotecaria, así como la cancelación posterior la dicha nota por desestimación de la ejecución. La cancelación de la nota permite solicitar inmediatamente la caducidad de la inscripción, salvo que procedieran las prórrogas.

Y precisamente la cancelación pretendida en el supuesto se deniega porque tal notificación se ha efectuado a la entidad de crédito que fue sucesora universal por absorción de la primitiva entidad acreedora, cuando lo cierto es que al tiempo de presentarse la instancia la hipoteca estaba ya inscrita a nombre de una mercantil distinta de la

notificada, que es cesionaria a título singular de ese crédito. Dado que ningún convenio entre las partes con relación a la hipoteca puede tener efectos contra terceros si no se hace constar en el Registro (artículo 144 LH), hay que entender que, respecto del actual titular cesionario, el plazo de duración de la hipoteca debe entenderse prorrogado.

R. 3 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11643)

Deniega la cancelación de una hipoteca en garantía de letras de cambio en cuya inscripción consta que, si no fueran satisfechas en la fecha de su vencimiento, el vencimiento de la hipoteca será de 1 año a contar desde la fecha del título, es decir 30 de septiembre de 1990, con posibilidad de prórrogas hasta un máximo de 10 años. La cancelación se pretende mediante instancia privada de la parte deudora en la vía del párrafo segundo del artículo 82 LH.

Sin embargo entiende la Dirección que, al estar prevista la posibilidad de prórroga de la hipoteca hasta un máximo de 10 años, no se puede entender aplicable la caducidad convencional de la hipoteca por el transcurso del año previsto inicialmente. Es doctrina consolidada que la cancelación convencional automática del párrafo segundo sólo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto; pero no cuando sea dudosa o controvertida.

Y para que operase la cancelación por transcurso del plazo legal o convencional de prescripción de la acción derivada de la hipoteca, según el párrafo quinto del citado artículo 82 LH, el plazo legal de 20 años y 1 más, no habrá transcurrido hasta el 30 de septiembre de 2021. Entre tanto, habrá que estar al régimen ordinario de cancelación de hipotecas en garantía de letras de cambio (artículo 156 LH), del cual la caducidad legal y la convencional son excepciones que deben ser aplicadas en sus justos términos.

CONSUMIDORES

- R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6341)**
- R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6343)**
- R. 16 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6349)**
- R. 16 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6350)**
- R. 16 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6351)**
- R. 16 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6352)**
- R. 16 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6353)**
- R. 16 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6354)**
- R. 16 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6355)**
- R. 22 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6377)**
- R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6390)**
- R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6391)**
- R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6393)**
- R. 12 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6667)**
- R. 12 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6668)**
- R. 3 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6771)**
- R. 3 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6773)**
- R. 3 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6774)**
- R. 20 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7181)**

Admite la inscripción de una escritura de préstamo garantizado con hipoteca sobre vivienda del prestatario. El notario da fe de haber autorizado el acta exigida por el artículo 15 LCI, cuyos datos facilita, declarando bajo su responsabilidad que la parte prestataria ha recibido en plazo la documentación y asesoramiento previsto en dicho artículo.



El registrador exige aseveración notarial expresa acerca de la coincidencia entre el contenido de la escritura y las condiciones de la FEIN. Sin embargo, la Dirección entiende que si el notario hace constar que el prestatario ha recibido la documentación y la información sobre la misma, necesariamente ha debido comprobar que esa documentación es correcta y completa y por consiguiente, que la FEIN es la que corresponde al préstamo y sus condiciones. Si no se cumplieran todas las obligaciones informativas de transparencia material y en concreto si la FEIN no se correspondiese con el préstamo, el notario deberá denegar la autorización de la escritura. Eso sí, la correspondencia debe ser interpretada correctamente: si las condiciones del préstamo son indiscutiblemente mejores (por ejemplo, un diferencial de interés inferior) o si la diferencia no es en las condiciones sino sólo en los cálculos (por ejemplo, si el préstamo se firma en fecha posterior a la prevista y por ello resultan diferentes la TAE y el cuadro de amortización), ello no implica condiciones financieras diferentes y no impide la autorización del préstamo.

Por otra parte, de la referida normativa resulta que no es al registrador, sino al notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material.

En el supuesto de la R. 12 febrero 2020 número 6667 el otro defecto de la calificación que la Dirección desestima es la falta de constancia en la escritura del Código Identificador del depósito del clausulado del préstamo en el Registro de condiciones generales de la contratación. Se aplica la misma doctrina que en el bloque de resoluciones que se resumen a continuación.

R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6348)

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6358)

R. 22 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6378)

R. 22 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6379)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de vivienda habitual del prestatario, en la que el notario expresa que el contrato contiene condiciones generales de la contratación y que constan depositadas en el Registro propio de las mismas, según consulta telemática por él realizada.

El único defecto alegado por el registrador es la falta de incorporación del Código Identificador del modelo de préstamo utilizado, algo que aun cuando se hubiera incorporado, no es equivalente a la constancia del deber notarial de comprobar el depósito de las condiciones generales.

R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6342)

R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6392)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual del prestatario, en la cual se pacta un interés moratorio resultante de adicionar DOS puntos al interés ordinario, que es inferior en un punto al fijado imperativamente por el artículo 24 LCCI. Dicha Ley establece que sus disposiciones son imperativas (artículo 3-1) y que en particular las reglas sobre el interés de demora no admitirán pacto en contra (25-2). Por lo tanto, el legislador ha optado por un régimen de exclusión de la autonomía de voluntad en materia de intereses de demora con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula que los regule. Se trata pues de una decisión de política legislativa que excluye

cualquier negociación y por tanto, la fijación de un tipo de interés de demora inferior al legal.

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6357)

Admite la inscripción de un préstamo hipotecario sujeta a la LCCI, en el cual se pacta que el tipo de interés remuneratorio se ha fijado en consideración a la "relación de negocio más estrecha" que une a la entidad de crédito con los clientes, siendo requisito para poder mantenerlo que la operación se encuentre al corriente de cualquier pago y que mantengan domiciliados sus ingresos. En caso contrario, habría una penalización consistente en incrementar en un punto el tipo de interés.

La registradora considera que no se especifica qué circunstancias determinan esa "relación más estrecha" de la que se hace depender el tipo de interés; y que además, se excede del límite legal para los intereses de demora ya que, en caso de impago del préstamo, al tipo de demora consistente en incrementar 3 puntos el interés ordinario, habría que añadir 1 punto de penalización, lo cual supone un sobregiro del 4%.

Sin embargo, la Dirección en cuanto al primer defecto de la calificación considera que de una interpretación literal, finalista, lógica y sistemática de la estipulación cuestionada, resulta inequívocamente la voluntad de las partes en cuanto a los requisitos de mantenimiento de la bonificación, lo cual además queda incluido en el control de transparencia material que corresponde al notario y no puede ser revisado por el registrador. Y en cuanto al segundo defecto, el hecho de que el interés ordinario pueda ser incrementado por incumplimiento de sus condiciones de bonificación, no puede ser confundido con un incremento del interés moratorio.

R. 21 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6374)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido a un deudor persona física y pensionista, quien manifiesta solicitar el préstamo para una actividad empresarial, en concreto la obtención de liquidez para arreglos y reformas en el local hipotecado, que está arrendado a un tercero para negocio de bar y que consta como local comercial en el Registro, en el Catastro y en el certificado de tasación. El acreedor es una persona física, que manifiesta no dedicarse habitual ni profesionalmente a la concesión de créditos o préstamos hipotecarios, y que los que concede no lo son a consumidores sino a empresarios. Sin embargo, consultado por el registrador el Sistema de Interconexión entre los Registros resulta que tiene inscritos a su nombre cuatro créditos hipotecarios.

El registrador entiende aplicable la Ley 2/2009 y por ello exige al prestamista: la inscripción en el Registro especial (artículo 3); y la suscripción del seguro de responsabilidad civil, o la constitución de aval bancario (artículo 7).

La Dirección considera que no es aplicable la LCCI 5/2019. Dado que el inmueble no es residencial, en todo caso estaríamos ante el supuesto del artículo 2-1-b, cuya expresión "adquirir o conservar derechos de propiedad" ha sido interpretada por la Instrucción DGRN 20 diciembre 2019 en el sentido de incluir sólo los préstamos destinados: a pagar el precio de adquisición del bien o derecho; a pagar embargos o cargas reales que puedan privar de la propiedad, a refinanciar préstamos anteriores con finalidad adquisitiva o conservativa, a renovar inmuebles



Resoluciones

para uso residencial; o a evitar la ruina del edificio. Por tanto, quedarán fuera los destinados a obras de conservación, rehabilitación, reforma, ampliación o mejora de inmuebles no residenciales, verificados después de su adquisición.

En cuanto a la Ley 2/2009, sería en principio aplicable en cuanto al prestamista, porque a pesar de su manifestación de falta de habitualidad, la vigencia de cuatro préstamos a su nombre en diversos Registros constituye prueba objetiva que lo contradice. Ahora bien, la Dirección entiende que esta Ley no es aplicable al supuesto, porque el deudor no es consumidor (condición que según la S TS 10 octubre 2019 debe interpretarse restrictivamente). Así resulta de su manifestación reiterada de que el préstamo se destina a su actividad empresarial, máxime tratándose de una hipoteca unilateral en la que las manifestaciones del prestatario no se encuentran constreñidas por la intervención del predisponente.

R. 23 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6382)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sometido a la Ley 5/2019, porque el notario sólo indica haberse recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos en su artículo 15 en relación al deudor pero no respecto del hipotecante no deudor.

Ciertamente el apartado 7 del artículo 15 se refiere únicamente al “prestatario”, pero frente a la interpretación literal de la norma debe prevalecer la interpretación lógica, sistemática y finalista de la misma.

R. 13 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6672)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sometido a la Ley 5/2019 en la que se incluye una cláusula de vencimiento anticipado por impago ajustada en todo a su artículo 24, excepto en los dos extremos literales señalados en la calificación.

El primer defecto se desestima. Ciertamente en la cláusula debatida no se exige expresamente que el prestatario incurra en “mora”, si bien los términos utilizados -“impago” e “incumplimiento”- deben entenderse equivalentes una vez interpretados en su contexto y en el sentido más adecuado para que produzcan efecto (artículos 1281 a 1284 Cc).

Sin embargo, la inscripción se deniega porque en la cláusula no se recoge la exigencia legal de que el requerimiento de pago entre las partes con concesión del plazo de al menos un mes para el cumplimiento, incluya la advertencia de que, de no ser atendido el requerimiento, el acreedor reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. Esta omisión no puede suplirse por vía de interpretación. Las reglas sobre vencimiento anticipado son imperativas, lo cual constituye una opción de política legislativa que excluye por completo la negociación.

R. 6 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6788)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo concedido por un banco a dos personas físicas, en cuya garantía se hipotecan tres locales pertenecientes a los prestatarios y a otras dos personas físicas no deudoras, garantizándose también con la fianza de otra persona física. La parte deudora manifiesta que la presente financiación no se destina a una finalidad empresarial, profesional o comercial.

Se desestiman varios defectos apreciados por la registradora. Para la registradora el préstamo está sometido a la legislación general de consumo, pero no a la Ley 5/2019. Sin embargo, entiende la Dirección que sí está sometido a la citada Ley por la vía de su artículo 2-1-b: préstamo en que interviene como prestataria, fiadora o garante una persona física consumidora, cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o construcciones, siendo irrelevante a estos efectos que el destino del inmueble sea o no residencial. En consecuencia y por otro lado, es correcto el título en cuanto a la fijación de un interés de demora consistente en adicional 3 puntos el ordinario (en lugar de no más de 2, como pretendía la registradora). Por último, habiendo dado fe el notario de haber autorizado el acta exigida por el artículo 15 LCI, cuyos datos facilita, declarando bajo su responsabilidad que la parte prestataria ha recibido en plazo la documentación y asesoramiento previsto en dicho artículo, no procede la exigencia registral de una aseveración expresa del notario acerca de la coincidencia entre el contenido de la escritura y las condiciones de la FEIN.

Sin embargo, la inscripción se deniega por no haberse incluido en la reseña del acta de transparencia la correspondiente referencia a las hipotecantes no deudoras y al fiador. Ciertamente el artículo 15-7 se refiere únicamente al “prestatario”, pero debe prevalecer una interpretación lógica, sistemática y finalista.

R. 28 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7196)

Estima el recurso contra la calificación que había denegado la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sujeta a la Ley 5/2019, en la cual el notario autorizante ha manifestado que la escritura contiene condiciones generales de la contratación depositadas en el Registro CGC y de que ha comprobado mediante consulta telemática el depósito de las mismas. La registradora exige que se indiquen los datos que permitan comprobar la efectividad del depósito con anterioridad a la comercialización del préstamo.

Es doctrina reiterada la que considera suficiente a estos efectos una manifestación notarial como la expresada, rechazando por improcedentes otras exigencias registrales como la constancia del Código Identificador del modelo de préstamo utilizado.

R. 5 abril 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8791)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo para financiar la adquisición de vivienda habitual, garantizado con hipoteca sobre la misma y concedido según las condiciones del convenio colectivo de la entidad prestamista, en la cual trabaja la prestataria. En la escritura se establece que el interés de demora será igual al ordinario vigente en cada momento, si bien en caso de concurrir alguna de las circunstancias enumeradas en cuya virtud la parte prestataria dejase de tener relación laboral con la entidad prestamista, el interés de demora pasará a ser igual al ordinario incrementado en dos puntos.

La registradora había denegado la inscripción acogiendo la doctrina sentada hasta ahora por la DGRN, en cuya virtud se venía entendiendo que el legislador ha optado por un régimen de exclusión de la autonomía de voluntad en materia de intereses de demora con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula que los regule. Se trata pues de una decisión de política legislativa que excluye cualquier negociación y por tanto, la fijación de un tipo de interés de demora inferior al legal [R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20:



6392), R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6342), R. 19 diciembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3558), R. 5 diciembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2694)]

Sin embargo, la DGSJYFP cambia ahora de criterio y entiende la regla del artículo 114-3 LH realizando una interpretación literal y teleológica de la Directiva 2014/17/UE, como un tipo legal máximo respecto de la entidad prestamista, pero no respecto del prestatario consumidor, de modo que la prohibición del pacto en contra en materia de intereses moratorios regirá sólo en defecto de cláusula expresa más favorable en beneficio del consumidor, con independencia de que el prestatario continúe o no siendo trabajador de la entidad. Por lo demás, la cláusula debatida contiene las dos precisiones imperativas establecidas por el artículo 114: el interés de demora no podrá superar el triple del interés legal del dinero vigente en el momento del devengo; y queda prohibida su capitalización.

R. 5 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8807)

Suspende la inscripción de un préstamo hipotecario sujeto a la Ley 5 /2019 porque son los propios otorgantes quienes expresan que la entidad prestamista tiene depositadas las condiciones generales del contrato de préstamo en el Registro CGC. Debe constar en la escritura que es el notario quien ha realizado la comprobación de tal extremo, a la luz de la Instrucción 13 junio 2019.

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8910)

Admite la inscripción de una escritura préstamo hipotecario concedido por una compañía de seguros a una persona física que hipoteca su vivienda. Se hace constar que el prestatario es empleado de la sociedad compareciente, que el préstamo tiene por finalidad reformar la vivienda hipotecada y que se concede dentro de la política de la empresa de ayudar a la adquisición de vivienda por sus empleados. Se fija un interés variable de Euríbor + 1,10; y un interés de demora equivalente al remuneratorio + 2 puntos.

Este préstamo no se rige por la LCCI 5/2019, cuyo artículo 2-4 excluye de la aplicación de la norma los préstamos concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o con una TAE inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general. Lo decisivo para que esta excepción legal resulte aplicable es que el contrato se conceda con la finalidad atípica de proporcionar al trabajador una retribución adicional y que, por tanto, no se conecte de forma inmediata con la obtención por el prestamista de un beneficio o excedente mediante el préstamo y su ulterior devolución.

Aunque la consulta del registrador al servicio de interconexión de Registros pone de manifiesto que la entidad prestamista aparece como acreedora hipotecaria en otros préstamos inscritos, lo cierto es que este préstamo tampoco se rige por la Ley 2/2009, porque el prestamista no interviene con carácter profesional es decir, con una finalidad exclusivamente inversora (en los términos del artículo 2-1 Ley 5/2019); y porque están excluidos de la Ley 2/2009 los préstamos hipotecarios sobre inmueble residencial.

Por otro lado, tampoco se considera defecto que el margen a añadir al interés ordinario para determinar el de demora sea de 2 puntos y no de 3 (como establece la Ley 5/2019). La Dirección asume su nuevo criterio sentado por la R. 5 abril 2020 (supra).

R. 28 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9295)

R. 14 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9207)

Admite la inscripción de un préstamo hipotecario sujeto a la Ley 5/2019, en la que se pacta un interés de demora equivalente al ordinario (que es variable) más tres puntos; mientras que como cobertura de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora se estipula también el interés ordinario más tres puntos, pero con un máximo del 9%. Para la registradora no es admisible este máximo del 9%, dado que supera el interés ordinario (3'5%) más tres puntos.

Sin embargo la Dirección, respecto de los intereses de demora, distingue entre el ámbito obligacional y el de la responsabilidad hipotecaria. Ciertamente las limitaciones en el ámbito obligacional son imperativas. Sin embargo, estas limitaciones no alcanzan a la negociación de la cifra de responsabilidad hipotecaria. Ciertamente la cobertura hipotecaria no puede amparar obligaciones no existentes, ni puede tener por objeto una obligación distinta de la establecida por las partes, dado el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito (artículos 104 LH y 1857 Cc). Pero por lo demás, opera la libertad de pacto: puede no garantizarse una clase de intereses (ordinarios o de demora), fijarse un número de años de cobertura distinto para cada clase de interés, señalar un tipo máximo superior a una respecto de la otra, sin que tengan que guardar ninguna proporción, ya que nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la hipoteca garantice sólo parte de la obligación principal (artículo 1826 Cc).

R. 27 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9287)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo concedido por un banco a dos personas físicas, para financiar la compra por ellas de un local comercial, el cual se ha formado por agrupación de dos locales colindantes en el número de protocolo anterior, garantizándose el préstamo con hipoteca sobre el local resultante de la agrupación. El notario considera la operación no sujeta a la Ley 5/2019, cuyos requisitos de información y transparencia por tanto no se cumplen. Sin embargo, la Dirección encuadra la operación en el artículo 2-1-b de la misma, al tratarse de un préstamo con la finalidad de adquirir la propiedad de un inmueble (sea o no residencial), cuyos prestatarios y garantes son consumidores.

Se debate si los prestatarios e hipotecantes son o no consumidores. En general son consumidores las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial o profesional (artículo 3 LGDCU); y por el contrario, no lo serán quienes intervienen en el ámbito propio de una actividad de este tipo, caracterizada por la habitualidad, ya tenga el negocio celebrado una relación directa o indirecta con la misma. El recurrente alega motivos fiscales para que los deudores sean considerados no consumidores: al haberse subrogado en el arrendamiento del local, son sujetos pasivos del IVA. Pero la Dirección considera que en el ámbito civil hay que estar a los conceptos de la normativa sobre consumidores, y no a los fiscales (que además no son unívocos, ya que por ejemplo, en el IRPF las rentas de alquileres son rendimientos de capital mobiliario y no rendimientos empresariales, salvo que la gestión la realice un trabajador a jornada completa). Normalmente el notario carecerá de suficientes elementos de juicio objetivos para apreciar el carácter de consumidor, pero dado el deber notarial de velar por la legalidad de los documentos que autoriza, debe informar a las partes sobre este extremo y reflejar en el documento las circunstancias necesarias para apreciar la regularidad del negocio.



Resoluciones

Sobre la base de la jurisprudencia europea debe entenderse necesaria la manifestación de las partes sobre la concurrencia o no del carácter de consumidor del prestatario.

En cuanto a la forma de subsanar la escritura si al final el prestatario resulta ser consumidor, en lugar de entender necesariamente que ninguna cláusula se ha incorporado al contrato y éste por ello deviene ineficaz, la Dirección admite enmendar el déficit de transparencia material mediante la cual los deudores, después de haber sido expresamente advertidos por el notario de la no vinculación de las cláusulas no transparentes, decidan confirmar la subsistencia del contrato con aplicación de las normas de transparencia material de la Ley 5/2019, sin necesidad de restitución de las prestaciones si los consumidores prestan su consentimiento informado sobre tal extremo en caso de que consideren más ventajosa esta posibilidad de novación modificativa que la ineficacia del contrato primitivo o que la novación extintiva.

R. 28 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9293)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sometido a la Ley 5/2019, porque además de expresar la dirección de correo electrónico del prestatario, debe también expresarse la de quien suscribe el documento como hipotecante no deudor y avalista.

Ciertamente la dicción literal de la LCCI contempla tal exigencia sólo respecto del prestatario, pero la Dirección hace extensivo este requisito al garante de la operación. Así resulta, tanto de la Instrucción 20 diciembre 2019, como el artículo 15-4 LCCI, que extiende la normas de protección del prestatario previstas en esta Ley a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo.

R. 3 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11091)

R. 3 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11092)

Estima el recurso contra la calificación que había denegado la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario destinado a financiar una segunda vivienda del prestatario y garantizado con hipoteca sobre la misma. El único defecto alegado por el registrador es la falta de incorporación del Código Identificador del modelo de préstamo utilizado, algo que aun cuando se hubiera incorporado, no es equivalente a la constancia del deber notarial de comprobar el depósito de las condiciones generales.

R. 7 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11094)

R. 7 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11096)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo garantizado con hipoteca sobre vivienda del prestatario. El notario da fe de haber autorizado el acta exigida por el artículo 15 LCI, cuyos datos facilita, declarando bajo su responsabilidad que la parte prestataria ha recibido en plazo la documentación y asesoramiento previsto en dicho artículo. El registrador exige aseveración notarial expresa acerca de la coincidencia entre el contenido de la escritura y las condiciones de la FEIN. Sin embargo, la Dirección entiende que si el notario hace constar que el prestatario ha recibido la documentación y la información sobre la misma, necesariamente ha debido comprobar que esa documentación es correcta y completa y por consiguiente, que la FEIN es la que corresponde al préstamo y sus condiciones. Si no se cumplieran todas las obligaciones informativas de transparencia material y en concreto si la FEIN no se correspondiese con el préstamo, el notario deberá denegar la autorización de la escritura. Eso sí, la correspondencia debe

ser interpretada correctamente: si las condiciones del préstamo son indiscutiblemente mejores (por ejemplo, un diferencial de interés inferior) o si la diferencia no es en las condiciones sino sólo en los cálculos (por ejemplo, si el préstamo se firma en fecha posterior a la prevista y por ello resultan diferentes la TAE y el cuadro de amortización), ello no implica condiciones financieras diferentes y no impide la autorización del préstamo. Por otra parte, de la referida normativa resulta que no es al registrador, sino al notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material.

R. 7 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11095)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sometido a la Ley 5/2019, porque siendo dos los prestatarios, sólo se facilita una única dirección de correo electrónico para ambos. La expresión de una sola dirección sin especificar que se refiera únicamente a uno de ellos, permite entender el consentimiento de ambos respecto de la consignación de una sola dirección de correo electrónico para ambos.

DISTRIBUCIÓN

R. 30 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15925)

Consta inscrita una finca a nombre de dos matrimonios, por mitades indivisas. Los titulares constituyeron a favor de una entidad de crédito una hipoteca con carácter unitario, sin distribución de responsabilidad entre sus respectivas mitades indivisas (artículo 217 RH). Posteriormente, los cónyuges titulares de una de las mitades fueron declarados en concurso de acreedores; y en ejecución del plan de liquidación concursal se decretó celebrar la subasta de la mitad indivisa de los concursados. Ahora se presenta decreto de adjudicación de esta mitad indivisa a la propia entidad bancaria titular de la hipoteca, ordenándose también la cancelación de las cargas referidas a dicha mitad.

La registradora lo deniega: para poder cancelar la hipoteca, entien- de necesario distribuir el crédito entre ambos matrimonios titulares. Además, hay una anotación de embargo posterior a favor de otro banco, ordenada en procedimiento dirigido contra los respectivos propietarios de cada mitad indivisa, sin que conste tampoco distribución de responsabilidad.

La Dirección sin embargo, admite la inscripción del título. Ciertamente, el carácter unitario de la hipoteca impide, como regla general, que su cancelación pueda llevarse a cabo de forma parcial. En el supuesto resuelto, la mitad indivisa perteneciente al deudor concursado integra el activo de la masa del concurso, si bien en el pasivo lo que debe computarse es la totalidad del crédito garantizado, pues la responsabilidad es global y no puede circunscribirse a parte de la deuda o a una porción ideal del inmueble.

Ahora bien, en el supuesto resuelto concurre una especialidad: la purga de la hipoteca no es consecuencia de la ejecución de la garantía, sino de la subasta de la mitad del concursado, que debe conducir a su adjudicación libre de cargas conforme al artículo 149-5 LC. La situación concursal de uno de los codeudores solidarios no altera ni modifica la relación del otro deudor con el acreedor, que puede seguir reclamando de éste el pago íntegro de la deuda impagada. En consecuencia, la adquisición por el postor (que en este caso es el propio acreedor hipotecario) de la mitad indivisa del concursado, implicará que la garantía hipotecaria pase a recaer únicamente sobre la otra mi-



tad, si bien como consecuencia de la subasta, quedará minorada en la cantidad correspondiente al remate, sin perjuicio de las relaciones internas entre codeudores.

EJECUCIÓN

R. 12 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7357)

Deniega la inscripción de la adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, donde, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación.

Es doctrina consolidada la que descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, cuya interpretación debe hacerse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación. Ciertamente la Dirección ha venido admitiendo la inscripción cuando la calificación registral se limitaba a denegar sin más la inscripción, pero omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia, a quien el artículo 670-4 LEC atribuye competencia para apreciar y valorar la conducta del deudor en relación al cumplimiento y en general las demás circunstancias concurrentes que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, permitirían decretar la adjudicación por menos del 50% del valor de tasación siempre que se cubra al menos la cantidad por la que se haya despachado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.

Lo que ocurre es que en la calificación impugnada en este supuesto, se hace constar expresamente que el título omite cualquier referencia a la posible actuación del Letrado de la Administración de Justicia relativa a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes.

R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8493)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación y subsiguiente mandamiento de cancelación de cargas, dictados en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados. La hipoteca está inscrita a nombre de una Comunidad Autónoma, en garantía de determinada cantidad y de un 20% de la misma para costas. La adjudicación se realiza por un importe superior a los límites de responsabilidad hipotecaria fijados. La única carga posterior a la hipoteca es una anotación preventiva de embargo practicada a favor de una Diputación después de haberse expedido la certificación de dominio y cargas.

El acreedor embargante estaba ya advertido de la existencia de la ejecución, siendo de su exclusiva responsabilidad comparecer en el procedimiento en defensa de sus derechos, entre los que se encuentra solicitar el depósito a su favor de la parte del precio de adjudicación que exceda del límite de responsabilidad por los distintos conceptos.

R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8496)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, a pesar de que la hipoteca se halla inscrita a favor de una entidad distinta de la que aparece en el título como ejecutante, dado que ésta se la

había cedido y dicha cesión consta inscrita antes de la presentación del decreto.

En el caso de haberse cedido el crédito hipotecario y haberse producido en el procedimiento de ejecución la sustitución procesal en favor del cesionario, es doctrina de la Dirección que la inscripción del decreto de adjudicación exige la previa o simultánea inscripción de la nueva titularidad.

Sin embargo, el caso resuelto ahora es el inverso: la cesión del crédito consta inscrita, pero no consta del decreto que se haya producido la correspondiente sustitución procesal. La Dirección admite la inscripción y entiende que no hay obstáculo alguno derivado de los principios de legitimación y tracto sucesivo: la entidad cesionaria ha tenido conocimiento al inscribir su derecho de la pendencia del procedimiento de ejecución, mediante la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas (artículos 656 y 688 LEC), que advierte a cualquier tercero de esta circunstancia y le permite personarse en el procedimiento y defender su derecho.

R. 5 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8810)

Admite la inscripción de un procedimiento de venta extrajudicial en ejecución de hipoteca, a pesar de que consta la interposición de demanda judicial admitida a trámite, mediante la cual el hipotecante no deudor impugna el procedimiento notarial cuya inscripción se pretende, alegando en esencia que las cantidades cuyo presunto impago da lugar a reclamación ya han sido pagadas o no son exigibles, por lo que pide al Juez que reponga las actuaciones al momento de haberse realizado la última notificación de inicio del Acta y declare la nulidad de la publicación de subasta.

La registradora rechazada la posibilidad de inscribir a favor del ejecutante, en tanto no se resuelva judicialmente la cuestión litigiosa. Sin embargo, la notaria autorizante decide continuar con el expediente por no fundarse la reclamación en ninguna de las causas de suspensión del artículo 76 RN: presentación de resolución judicial que justifique la inexistencia o extinción de la obligación; presentación de certificación registral que acredite la cancelación de la carga, la presentación de carta de pago, o la alteración de titularidad o cargas; existencia de causa criminal que pudiera determinar la falsedad del título ejecutado, o la invalidez o ilicitud del procedimiento; justificación de la declaración de concurso, o la paralización de las acciones de ejecución en los supuestos previstos en la legislación concursal; interposición de demanda de tercería de dominio; existencia de procedimiento de subasta sobre los mismos bienes o derechos.

La registradora no discute la afirmación de la notaria de que no concurre causa legal de suspensión del procedimiento. En consecuencia, celebrada la subasta y efectuada la adjudicación a la entidad acreedora por el 50% del valor de subasta ante la falta de postores, procede la inscripción de la correspondiente escritura pública, sin perjuicio de que se ventile en el juicio que corresponda cualquier reclamación del deudor, tercer poseedor o cualquier otro interesado (artículo 698 LEC).

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8897)

Admite la inscripción de un testimonio de decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados, pese a no haber sido demandado el tercer adquirente que ha



Resoluciones

inscrita su derecho después de interpuesta la demanda y antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas.

Es doctrina consolidada la que deniega la inscripción de adjudicaciones resultantes procedimientos de ejecución hipotecaria, por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la mera existencia del procedimiento, le haya realizado el registrador al tiempo de expedir la certificación (artículo 689 LEC), cuyo efecto es sólo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos. Esta doctrina se ha visto confirmada por la STC 79, de 8 abril 2013.

Ahora bien, en casos como el resuelto, donde la adquisición del nuevo titular registral se inscribió después de interpuesta la demanda pero antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas, es suficiente la mera notificación de la existencia del procedimiento para que pueda intervenir en la ejecución (artículo 689 LEC), notificación que consta realizada en los autos, de modo que no se le ha producido indefensión.

R. 20 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9220)

Deniega la inscripción de una adjudicación en ejecución judicial de hipoteca, en la cual, tras quedar desierta la subasta, se adjudica al acreedor la vivienda habitual del deudor por el 60% del valor de tasación. El valor total de lo adeudado no alcanza el 70% de dicho valor, aunque sí excede del 60%, quedando por tanto, un remanente de deuda pendiente de abono al acreedor.

Ciertamente la letra del artículo 671 LEC (tras su reforma por Ley 1/2013) admite, en estos casos de subasta desierta de vivienda habitual, la adjudicación al acreedor por el 70% del valor de tasación o, cuando la cantidad reclamada por todos los conceptos fuese inferior a este porcentaje -como ocurre en el supuesto resuelto-, por el 60%. Pero la interpretación de esta norma no puede ser contraria al espíritu y finalidad de la Ley que la introdujo (aumentar la protección del deudor en caso de ejecución de su vivienda habitual), ni al contexto de las otras normas modificadas por dicha Ley, como el artículo 670-4, previsto para el caso de existencia de postores en la subasta. Una interpretación literal del precepto aplicable produciría el resultado distorsionado de causar un grave perjuicio al deudor, ya que seguiría existiendo deuda pendiente. Por todo ello, la Dirección interpreta el artículo 671 LEC en el sentido de entender que, en caso de subasta desierta, la adjudicación al acreedor de la vivienda habitual del deudor se hará por el 70% del valor de tasación o, si la cantidad reclamada es inferior a este porcentaje, por la cantidad adeudada, pero con el límite mínimo del 60% del valor de subasta.

R. 20 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9222)

Deniega la inscripción de la adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, cuando tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicita la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos que es inferior al 50% del valor de tasación. En la calificación se hace constar que el título omite cualquier referencia a la posible actuación del Letrado de la

Administración de Justicia relativa a la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes.

Es doctrina reiterada la que deniega la inscripción de decretos de adjudicación dictados en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, donde, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era inferior a la mitad del valor de tasación. La Dirección descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, cuya interpretación debe hacerse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación. Ahora bien, también es doctrina consolidada la que estima los recursos contra las calificaciones que se limitan a apreciar este obstáculo, cuando el registrador se limita a denegar sin más la inscripción, pero omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia, a quien el artículo 670-4 LEC atribuye competencia para apreciar y valorar la conducta del deudor en relación al cumplimiento y en general las demás circunstancias concurrentes que, oídas las partes y firme el decreto de aprobación del remate, permitirían decretar la adjudicación por menos del 50% del valor de tasación siempre que se cubra al menos la cantidad por la que se haya despachado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11319)

Deniega la inscripción de una adjudicación en ejecución judicial de hipoteca, en la cual, tras quedar desierta la subasta, se adjudica al acreedor la vivienda habitual del deudor por el 60% del valor de tasación. El valor total de lo adeudado no alcanza el 70% de dicho valor, aunque sí excede del 60%, quedando por tanto, un remanente de deuda pendiente de abono al acreedor.

Ciertamente la letra del artículo 671 LEC (tras su reforma por Ley 1/2013) admite, en estos casos de subasta desierta de vivienda habitual, la adjudicación al acreedor por el 70% del valor de tasación o, cuando la cantidad reclamada por todos los conceptos fuese inferior a este porcentaje -como ocurre en el supuesto resuelto-, por el 60%. Pero la interpretación de esta norma no puede ser contraria al espíritu y finalidad de la Ley que la introdujo (aumentar la protección del deudor en caso de ejecución de su vivienda habitual), ni al contexto de las otras normas modificadas por dicha Ley, como el artículo 670-4, previsto para el caso de existencia de postores en la subasta. Una interpretación literal del precepto aplicable produciría el resultado distorsionado de causar un grave perjuicio al deudor, ya que seguiría existiendo deuda pendiente. Por todo ello, la Dirección interpreta el artículo 671 LEC en el sentido de entender que, en caso de subasta desierta, la adjudicación al acreedor de la vivienda habitual del deudor se hará por el 70% del valor de tasación o, si la cantidad reclamada es inferior a este porcentaje, por la cantidad adeudada, pero con el límite mínimo del 60% del valor de subasta.

R. 15 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11912)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada en el seno de un procedimiento de ejecución de títulos judiciales en el que se está ejercitando la acción personal derivada de un crédito garantizado con una hipoteca sobre las fincas cuyo embargo se solicita. El motivo de denegación es que actualmente las fincas ya



no constan inscritas a nombre del anterior titular, quien constituyó en su día la hipoteca, sino a nombre de un tercer poseedor que no ha sido demandado en el procedimiento.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. Esta doctrina se ha visto confirmada por la STC 79, de 8 abril 2013.

En consecuencia, el tercer poseedor debe ser demandado en la ejecución hipotecaria con independencia del procedimiento elegido por el acreedor para ejecutar el crédito hipotecario; es decir, tanto si se ejercita la acción real derivada de la hipoteca, como si se ejercita la acción personal derivada del préstamo y se trata de un tercer adquirente que ha inscrito su título antes de la interposición de la demanda (que es lo que ha ocurrido en el caso resuelto).

FONDOS DE TITULIZACIÓN

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8915)

Deniega la inscripción de una instancia privada por la que la titular registral de una finca, que está hipotecada a favor de una entidad de crédito, solicita que se inscriba la cesión de la hipoteca realizada por ésta a un fondo de titulización de activos. Junto a la instancia, que no lleva nota de liquidación fiscal a los efectos del artículo 254 LH, se aporta testimonio notarial de la escritura de constitución del fondo -que fue autorizada por el mismo notario-, en cuanto se refiere a la aportación de la hipoteca objeto del expediente.

Ciertamente los artículos 17 y 22 Ley 5/2015 no exigen la inscripción en el Registro de la Propiedad para la transmisión de activos a fondos de titulización. Pero nada impide la inscripción, aunque sea a favor de fondos sin personalidad jurídica (artículo 16-3 Ley 5 /2015). Ahora bien, para poder inscribir voluntariamente la cesión de un préstamo hipotecario a un fondo de titulización, el título que debe aportarse es la copia autorizada de la escritura de constitución del fondo en la que figure el crédito cedido. Esta escritura sí que deberá estar liquidada por el ITP/AJD; pero una instancia privada como la del supuesto no es título adecuado para producir una transmisión patrimonial onerosa, ni es documento público sujeto a la modalidad gradual del impuesto por actos jurídicos documentados. Y todo ello sin necesidad de acreditar el consentimiento ni la notificación a los deudores cedidos.

R. 14 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9211)

Deniega la inscripción de una instancia privada por la que los titulares registrales de una finca hipotecada a favor de una entidad de crédito, solicitan que se inscriba la cesión de la hipoteca realizada por ésta a un fondo de titulización de activos. Se adjunta testimonio notarial parcial de la escritura de constitución del fondo y cesión de derechos de crédito.

Lo que se debate es la legitimación para poder obtener la inscripción de la cesión. No se trata de una cesión de contrato, sino de una cesión de crédito. En nuestro Derecho la notificación al deudor no es un requisito constitutivo para la validez de la cesión del crédito, sino un mero instrumento técnico para evitar el pago liberatorio o la compensación con el antiguo acreedor. Por ello, salvo que el crédito

fuese litigioso (supuesto en el que el artículo 1535 concede al deudor el derecho de retracto), no tiene el deudor cedido la consideración de legitimado para obtener copias de la escritura de cesión (artículo 224 RN), ni la de interesado para solicitar la inscripción de la aportación al fondo (artículo 6-c LH). Nada impide la inscripción de la constitución del fondo de titulización como cesión de facultades inherentes al crédito, pero para ello los legitimados son el transmitente o el adquirente del derecho.

R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17077)

Los titulares registrales de una finca que consta hipotecada a favor de una entidad de crédito, solicitan ahora que se inscriba la cesión de la hipoteca realizada por ésta a un fondo de titulización hipotecaria. El título presentado y calificado es un acta de requerimiento junto con un "compact disc" que incluye reproducciones de la escritura de cesión del crédito hipotecario al fondo de titulización.

La Dirección deniega la inscripción de la cesión por falta de legitimación del solicitante. No se trata de una cesión de contrato, sino de una cesión de crédito. En nuestro Derecho la notificación al deudor no es un requisito constitutivo para la validez de la cesión del crédito, sino un mero instrumento técnico para evitar el pago liberatorio o la compensación con el antiguo acreedor. Por ello, salvo que el crédito fuese litigioso (supuesto en el que el artículo 1535 concede al deudor el derecho de retracto), no tiene el deudor cedido la consideración de legitimado para obtener copias de la escritura de cesión (artículo 224 RN), ni la de interesado para solicitar la inscripción de la aportación al fondo (artículo 6-c LH). Nada impide la inscripción de la constitución del fondo de titulización como cesión de facultades inherentes al crédito, pero para ello los legitimados son el transmitente o el adquirente del derecho.

Además, el título presentado no tiene la condición de título formal a los efectos del artículo 3 LH: el acta de requerimiento presentada no es el documento público en que directamente se formalice el acto o negocio jurídico cuya inscripción se pretende, esto es la escritura de cesión del derecho de hipoteca; y tampoco es suficiente el soporte digital presentado que incluye reproducción de la cesión, porque tratándose de una escritura pública, lo que debe presentarse en el Registro es copia auténtica de la misma.

HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

R. 4 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7341)

Admite la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de una instancia por la que se solicita que determinada marca gravada con hipoteca mobiliaria en cuya inscripción figuraba su número de registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas, sea sustituida en la inscripción de hipoteca por la misma marca que se ha vuelto a registrar en la OEPM pero habiéndole sido asignado diferente número. Lo que se debate es si el supuesto es de mera novación modificativa, por ser la marca materialmente la misma, o de novación extintiva que impondría la obligación de constituir una nueva hipoteca "ex novo" (como opina la registradora).

En determinadas ocasiones el legislador impone una subrogación objetiva, sustituyendo la finca hipotecada por otra, pero manteniendo el mismo derecho y rango: concentración parcelaria (artículo 230 LR-DA), equidistribución urbanística (artículos 168 y 310 RD-Leg 1/1992,



Resoluciones

que subsisten vigentes en virtud de la derogatoria de la Ley 6/1998), así como la subrogación en lugar de lo hipotecado de la indemnización sustitutoria según el artículo 110-2º LH.

Por otro lado, el derecho de propiedad sobre la marca se adquiere por el válido registro en la OEPM. En los supuestos de nulidad o caducidad de una marca, el acreedor hipotecario podrá dar por vendida la obligación garantizada (artículo 60-4 Ley Marcas), si bien mientras no sea registrada la misma marca caducada por otro interesado, siempre podrá volver a inscribirse la marca por el anterior titular. Según el artículo 55-2 LM, una marca no caduca por falta de renovación cuando se encuentre inscrita en el Registro de Marcas (y por ende, en el de Bienes Muebles, dada la coordinación entre ambos registros por el artículo 45-5 LHMPD). No es necesario el consentimiento de acreedor hipotecario para la renovación de la inscripción.

En definitiva, para la Dirección se trata de un supuesto semejante al cambio del nombre de calle o del número en la misma donde se encuentra la finca gravada con hipoteca inmobiliaria; e igual que en este caso lo que se exige es el correspondiente certificado municipal acreditativo del cambio, lo que debe exigirse en casos como el resuelto es la acreditación fehaciente mediante certificación expedida por la OEPM de la nueva inscripción de la marca hipotecada

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8896)

Deniega la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de una escritura de constitución de prenda sin desplazamiento sobre los derechos consolidados de determinados planes de pensiones pertenecientes al pignorante.

Del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (artículos 8,9, 17 y 22) resulta que los derechos consolidados de los fondos de pensiones, aunque puedan ser embargables y por tanto pignorable, no pueden ser ejecutados ni transmitidos salvo que se traten de derechos disponibles por encontrarse en un supuesto de liquidez (que se cause el derecho a la prestación u otros supuestos como enfermedad grave o desempleo de larga duración). Ciertamente el artículo 54 LHMPD permite expresamente la pignorar créditos y derechos que correspondan a los titulares de contratos, pero siempre que sean enajenables.

En consecuencia, nada impide embargar o pignorar derechos consolidados de planes de pensiones, pero siempre que se subordine su ejecución a que tales derechos sean disponibles, lo cual no queda claro en la escritura calificada.

OBLIGACIÓN GARANTIZADA

R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6396)

Admite la inscripción de una hipoteca que garantiza unitariamente las dos contraprestaciones concretas que debe realizar un comprador como consecuencia de un mismo contrato de compraventa: el precio aplazado; y la eficaz subrogación en una deuda hipotecaria pendiente con una entidad de crédito, de forma que el vendedor quede indemne de dicha deuda. Ambas obligaciones quedan perfectamente cuantificadas, definidas e individualizadas en el título, que también fija la responsabilidad hipotecaria máxima por cada uno de los dos conceptos.

Es doctrina tradicional de la Dirección admitir que una sola hipoteca garantice obligaciones diferentes, pero siempre que tengan conexión causal o de dependencia entre sí.

R. 4 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6782)

En su día se inscribió una hipoteca sobre una finca que posteriormente fue dividida en propiedad horizontal. Después se procedió a distribuir la responsabilidad hipotecaria y a dividir el préstamo en dos préstamos diferentes, cada uno de los cuales pasó a gravar distintos departamentos del edificio y tuvo distintas vicisitudes (el préstamo 2 fue novado; la hipoteca que garantiza al préstamo 1 fue cancelada parcialmente y su responsabilidad redistribuida entre los departamentos gravados).

Ahora se presenta mandamiento judicial dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria, por el que se solicita la expedición de certificación de dominio y cargas para ejecutar la hipoteca constituida sobre la totalidad de las fincas. La Dirección confirma la calificación que lo deniega, según la cual, a partir de la división del préstamo, nos encontramos con dos obligaciones distintas, garantizadas respectivamente por dos grupos de fincas, de modo que el carácter accesorio de la hipoteca impide unificar una sola reclamación por una única cantidad en un mismo procedimiento. No nos encontramos ante una distribución del crédito hipotecario entre las fincas de una división horizontal, sino ante una previa distribución del préstamo inicial, en cuya virtud quedan respondiendo distintas fincas respecto de cada préstamo, de forma que se consuma la diferenciación tanto del crédito como de su garantía.

R. 5 marzo 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7090)

Confirma que no procede la expedición de dominio y cargas en procedimiento de ejecución de hipoteca (artículo 688 LEC), en un supuesto donde se pretende es ejecutar dos hipotecas que garantizan obligaciones diferentes y recaen sobre inmuebles distintos. En el historial del Registro consta lo siguiente: originariamente se inscribió un préstamo garantizado con hipoteca sobre tres solares; después y en momentos distintos, el préstamo fue modificado y ampliado sobre cada uno de los tres solares, y sobre dos de ellos se declaró la obra nueva y división horizontal de sendos edificios con distribución de responsabilidad hipotecaria entre los departamentos de cada una de las divisiones horizontales; finalmente la hipoteca de cada una de las dos divisiones horizontales fue novada, de modo que se establecieron diferentes condiciones financieras para cada edificio, en cuanto a plazo de amortización, carencia, tipo de interés y comisiones. En definitiva, lo que se debate es si estamos ante una sola obligación modificada, lo que permitiría la ejecución de hipoteca conjunta para ambos edificios (como sostiene el recurrente), o si la obligación inicial se ha dividido en dos préstamos distintos garantizado cada uno con una hipoteca sobre pluralidad de inmuebles (como sostiene el registrador y confirma la Dirección).

Ciertamente el principio básico es el de indivisibilidad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada. Pero esta regla general desaparece en varios casos: cuando se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas que garanticen un único crédito, y una de las fincas sea posteriormente adquirida por un tercero; cuando se pacte expresamente por las partes también la división del crédito, de modo que cada finca garantice sólo una porción de crédito determinada (artículo 1860 Cc); pero también se divide el crédito cuando,



sin pacto expreso, los distintos negocios jurídicos celebrados en torno al mismo (normalmente pactos de novación ex artículo 4 Ley 2/1994) escindan o dividan el crédito fácticamente al configurar cada parte del capital inicial en obligaciones absolutamente diferentes.

Esto último es lo que ha ocurrido en el supuesto calificado, donde se han alterado las condiciones financieras básicas de la obligación, debiendo entenderse que ello implica que la hipoteca se ha dividido y que la responsabilidad hipotecaria de cada grupo de fincas o edificio garantiza sólo la porción determinada del respectivo crédito.

Por otro lado, las condiciones financieras de cada obligación van a determinar la extensión objetiva de la hipoteca que la garantiza. A esto hay que añadir que lo entregado al acreedor ejecutante por cada uno de los conceptos de responsabilidad (principal, intereses, costas...) no puede exceder de su respectiva cobertura hipotecaria, sin que se pueda utilizar el exceso de cobertura de un concepto para garantizar la deuda correspondiente a otro. Por todo ello, no es admisible la ejecución simultánea de dos hipotecas que gravan distintas fincas en garantía de distintas obligaciones.

PLAZO

R. 1 junio 2020 (BOE 189, 10-VII-20: 7659)

Deniega la inscripción de una hipoteca constituida en garantía de un aval prestado por una sociedad de garantía recíproca, por existir una contradicción entre el plazo de vencimiento de la hipoteca, y la fecha de vencimiento del aval garantizado. El aval vence dos años antes que la hipoteca, lo cual entiende la registradora que no es admisible, dada la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada.

El clausulado no es claro, pero la única explicación que encuentra la Dirección a esta divergencia de plazos es considerar que lo que se ha pretendido es extender la garantía hipotecaria a las posibles prórrogas del plazo de vencimiento del préstamo que se pudieran pactar dentro de los dos años anteriores al vencimiento de la hipoteca a semejanza de lo que ocurre en las cuentas corrientes de crédito, o bien extender la garantía a una posible refinanciación con plazo de espera. Una extensión del plazo con este significado tendría como efecto que el plazo de prescripción de la acción hipotecaria operaría desde la nueva fecha. Pero aunque esa hubiese sido la voluntad contractual, debería haberse explicado adecuadamente en la constitución de hipoteca.

RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

R. 5 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7206)

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8901)

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8904)

Admiten la inscripción de escrituras de préstamo hipotecario sujetas a la Ley 5/2019 sobre la base de la doctrina consolidada de la Dirección que distingue, en relación a los intereses de demora, entre el ámbito obligacional y el de la responsabilidad hipotecaria. La Ley de Crédito Inmobiliario establece un tipo de demora superior en tres puntos al ordinario, que es imperativo y no está sujeto a negociación. Pero esta limitación no alcanza a la negociación de la cifra de responsabilidad hipotecaria. Ciertamente la cobertura hipotecaria no puede amparar obligaciones no existentes, ni puede tener por objeto

una obligación distinta de la establecida por las partes, dado el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito (artículos 104 LH y 1857 Cc). Pero por lo demás, opera la libertad de pacto: puede no garantizarse una clase de intereses (ordinarios o de demora), fijarse un número de años de cobertura distinto para cada clase de interés, señalar un tipo máximo superior a una respecto de la otra, sin que tengan que guardar ninguna proporción, ya que nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la hipoteca garantice sólo parte de la obligación principal.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 5 marzo 2020 admite la inscripción de un préstamo hipotecario en la cual: el interés de demora se fija sumando tres puntos al remuneratorio; y a efectos de garantía hipotecaria se fija como máximo de interés ordinario el 5'15%, y de interés de demora 7'15%.

-Las dos resoluciones de 11 junio 2020 admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en el que se pacta un interés de demora equivalente al ordinario (que es variable) más tres puntos; mientras que como cobertura de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora se estipula también el interés ordinario más tres puntos, pero con un máximo del 9%, superior hoy por hoy al interés ordinario actual (3'5%) más tres puntos. La Dirección acoge la argumentación del recurrente de que bien podría ocurrir que este tipo máximo del 9% quede durante la vigencia del préstamo por encima o por debajo de los intereses realmente exigibles al deudor, dependiendo de la evolución del tipo ordinario variable, de si la ejecución sea frente al deudor o frente a un tercer poseedor no sometido a la Ley 5/2019, o que al tiempo de la ejecución se haya modificado el actual límite legal de los intereses de demora.

R. 10 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17069)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que se establece: un tipo de interés fijo del 1'8% para el primer año, que variará en los períodos sucesivos; y un tipo de interés de demora resultante de sumar 3 puntos al tipo de interés ordinario vigente en cada momento. En la cláusula de responsabilidad hipotecaria: se establecen los límites máximos de cobertura por intereses ordinarios y de demora mediante la fijación de sendas cantidades alzadas, que en el caso de la correspondiente a intereses de demora, no es matemáticamente congruente con el tipo de intereses de demora pactado a efectos obligacionales; además se establecen también unos máximos a efectos de hipotecarios del 8% para los intereses ordinarios, y del 11% para los de demora.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. En el ámbito obligacional, las limitaciones legales a los intereses de demora son imperativas. Sin embargo, estas limitaciones no alcanzan a la negociación de la cifra de responsabilidad hipotecaria, donde opera la libertad de pacto: puede no garantizarse una clase de intereses (ordinarios o de demora), fijarse un número de años de cobertura distinto para cada clase de interés, señalar un tipo máximo superior a una respecto de la otra, sin que tengan que guardar ninguna proporción, ya que nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la hipoteca garantice sólo parte de la obligación principal. También es doctrina de la Dirección que el límite de responsabilidad hipotecaria de cinco anualidades de intereses en perjuicio de terceros establecido por el artículo 114 LH,



Resoluciones

opera de forma autónoma y no conjunta para cada concepto de intereses, ordinarios y moratorios. Y dentro de este límite, existe libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien fijando un número de años distinto dentro del máximo de cinco (que en conjunción con el tipo de interés establecido, determina el máximo de responsabilidad por interés), bien fijando simplemente una cantidad o porcentaje máximo (que no habrá de exceder del resultado de aplicar el tipo de interés pactado a un período de cinco años).

Así, en el título calificado es admisible que la responsabilidad hipotecaria por intereses se fije mediante una cantidad máxima, siempre que no exceda de cinco anualidades del tipo máximo establecido a efectos hipotecarios, el cual permite comprobar que efectivamente la cantidad alzada establecida como límite de responsabilidad por cada modalidad de interés, respeta el límite del artículo 114 LH.

SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA

R. 18 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9066)

R. 27 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9288)

Admiten, sin necesidad de autorizar el acta de transparencia material del artículo 15 Ley 5/2019, la inscripción de una hipoteca constituida como superposición de garantía para garantizar un aval concedido en póliza por una Sociedad de Garantía Recíproca. La hipoteca grava una vivienda perteneciente a hipotecantes personas físicas. El aval se otorgó en garantía a su vez, de un préstamo concedido por un banco y con finalidad exclusivamente mercantil (en el caso de la R. 18 junio 2020 es un préstamo concedido a una sociedad de la que es socio el hipotecante; y en el caso de la R. 27 julio 2020 se trata de un préstamo concedido a un deudor para financiar la adquisición de una licencia de estanco y lotería, garantizado por otras dos personas físicas, como avalistas e hipotecantes de su vivienda).

Las SGR son entidades financieras, pero no son entidades de crédito (ni establecimientos financieros de crédito), ni pueden conceder créditos, razón por la que no quedan incluidas per se en el ámbito subjetivo de la Ley 5/2019. Será la concreta operación de financiación realizada por la entidad crediticia la que muestre la verdadera naturaleza de la intervención de la SGR, pues la concesión del crédito es ajena a ella. Según la Instrucción DGRN 20 diciembre 2019, cuando un préstamo personal quede bajo la aplicación de la Ley 5/2019, la entidad financiera habrá de cumplir todas las obligaciones informativas que establece la misma, pero no parece obligada al otorgamiento de acta notarial previa, ya que los artículos 15 y 22 se refieren siempre a préstamos hipotecarios, y no a pólizas o documentos privados de préstamo personal. En el caso resuelto, la hipoteca calificada es una garantía superpuesta a una póliza de aval prestado por una SGR, de modo que según la citada Instrucción no puede entenderse incluida en el ámbito de la Ley 5/2019, pues la SGR no ha desplegado ni intermediado actividad crediticia alguna: ni se ha obligado la SGR a menos que el deudor principal, ni ha concedido facilidades crediticias al socio.

SUBROGACIÓN DE ACREEDOR

R. 20 marzo 2020 (BOE 188, 9-VII-20: 7535)

Admite la inscripción de la escritura por la que el Banco de Sabadell se subroga, conforme a la Ley 2/1994, en el lugar del Instituto Valenciano de Finanzas como acreedor en un préstamo garantizado con

hipoteca sobre una concesión administrativa de servicios municipales (guardería).

La registradora había exigido autorización del Ayuntamiento concedente del derecho hipotecado. Sin embargo, entiende la Dirección que la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público sólo exige autorización administrativa para la subrogación del adjudicatario, y no parece que deba ocurrir lo mismo respecto de la sustitución de la figura del acreedor hipotecario, ya sea por cesión del crédito o de subrogación activa, máxime en casos como el resuelto, donde tiene lugar una mejora de las condiciones financieras del préstamo (tipo de interés y plazo). Esta modificación de préstamo en modo alguno puede tener una repercusión negativa en la explotación del servicio, sino que al contrario, al facilitar la financiación del concesionario, contribuye a evitar posibles deficiencias en la prestación del mismo.

R. 8 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12826)

Deniega la práctica de una nota marginal de subrogación activa en un préstamo hipotecario, que se pretende en virtud de documentación notarial (acta de requerimiento y escritura de ratificación) acreditativa del pago de la deuda ya vencida por parte del fiador, como tercero interesado en el cumplimiento de la operación que no tiene la consideración de entidad de crédito.

Ciertamente el artículo 1210 Cc atribuye a los terceros interesados en el cumplimiento de la obligación (entre ellos, el fiador "solvens") e incluso a los terceros no interesados si hay consentimiento del deudor, la posibilidad de subrogarse por pago en los derechos del acreedor. Ahora bien, el reflejo registral de dicha subrogación exige que el título contenga consentimiento expreso a la subrogación por parte del acreedor primitivo, y no sólo mera admisión del pago efectuado por el tercero (que es lo que resulta de la documentación calificada).

El supuesto calificado no encaja en el procedimiento de la Ley 2/1994, porque el nuevo acreedor no es entidad de crédito, ni encaja tampoco en el artículo 1211 Cc. El procedimiento adecuado para formalizar la subrogación del tercero es el general del ofrecimiento de pago y consignación; y si el antiguo acreedor -admitiese o no el pago- se negara a formalizar la cancelación o subrogación, habría que acudir al procedimiento declarativo que correspondiese.

El simple pago o consignación de la deuda no es por sí solo suficiente para generar una mutación jurídico-real inmobiliaria inscribible, ya sea la cancelación de la hipoteca o su novación modificativa. Así por ejemplo, el artículo 179 RH establece que, aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que el acreedor preste su consentimiento para la cancelación. No es aplicable la doctrina de la R. 19 julio 2012 (infra.) porque en el supuesto de la misma concurría el consentimiento del antiguo acreedor a la subrogación.

R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17079)

Admite la inscripción de una subrogación activa de hipoteca, otorgada tras la entrada en vigor de la LCCI 5/2019, a pesar de no constar incorporada la certificación de deuda emitida por el primer banco.

El procedimiento de subrogación del artículo 2 la LSMPH 2/1994 se vio reformado por la final 3ª de la LCCI 5/2019, con el objeto de reducir formalismos, volviendo al marco de lealtad y buena fe entre las enti-



dades financieras y en particular, eliminando la necesidad del acta de notificación donde debía reflejarse todo el procedimiento.

En el proceso de subrogación se ven involucrados los siguientes documentos (y plazos), que deben respetarse y ser objeto de comprobación. Son sucesivamente: el justificante de entrega de la oferta vinculante por el nuevo acreedor al antiguo; el certificado del saldo debido, con justificante de su entrega por el antiguo al nuevo acreedor (debe entregarse en los 7 días naturales siguientes a la entrega de la oferta vinculante); la posible oferta de novación formulada por el acreedor original (novación que debe formalizarse en el plazo de 15 días naturales siguientes a la entrega de la certificación); y el resguardo de pago realizado con finalidad solutoria por la segunda entidad a la primera, que el artículo 2 exige incorporar a la escritura de subrogación.

En la nueva regulación ya no existe el derecho de enervación por parte del banco titular registral de la hipoteca, si bien el deudor no podrá otorgar con él una escritura de subrogación mientras no transcurra el plazo máximo de 22 días naturales (o el plazo más breve que resulte de haberse entregado la certificación del débito antes de la finalización del plazo máximo). Para poder otorgar la subrogación es necesario acreditar al notario la fecha de entrega de la oferta vinculante al antiguo acreedor y la fecha de entrega al nuevo acreedor del certificado de débito. El cumplimiento de este requisito imperativo no puede resultar de la simple manifestación del nuevo banco, sino que debe acreditarse mediante los correspondientes justificantes de entrega. El notario deberá, o bien incorporarlos, o bien reseñar expresamente que le han sido exhibidos ambos y sus respectivas fechas de entrega. En cuanto a la no formalización en esos 15 días de una novación con el banco inicial, dado que es un requisito negativo y que la formalización es voluntaria para el deudor (ha desaparecido el derecho de enervación), bastará con que el deudor declare expresamente la inexistencia de tal novación.

Lo que se debate en este recurso es si resulta obligatorio incorporar a la escritura de subrogación la certificación del importe de la deuda emitido por el primer banco. Ciertamente en la nueva redacción del artículo 2 se ha suprimido la referencia expresa a la posibilidad de que, cuando el antiguo acreedor no aporte el correspondiente certificado, el nuevo calcule bajo su responsabilidad la cantidad debida. Sin embargo el artículo 2 sigue considerando suficiente "que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado la cantidad acreditada por ésta...". En consecuencia, aunque sea conveniente incorporar cuando exista la certificación del importe de la deuda, dicha incorporación no constituye requisito imprescindible para la subrogación, porque el derecho a subrogar que tiene el prestatario no puede hacerse depender de la voluntad del antiguo acreedor. De no aportar la certificación, el acreedor originario perdería el derecho a proponer una novación. De no ser exacta la manifestación del nuevo acreedor acerca de la cantidad transferida, el artículo 1213 Cc concede al acreedor originario el derecho a reclamar la cantidad no pagada con preferencia a la nueva entidad.

VENCIMIENTO ANTICIPADO

R. 16 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9052)

Confirma la calificación negativa de una escritura de préstamo hipotecario en cuanto a las estipulaciones que permiten ejecutar la hipoteca por el procedimiento de ejecución directa o por el extrajudicial, no

sólo en caso de vencimiento anticipado del préstamo por impago total, sino también en caso de impago parcial, con referencia al artículo 693-1 LEC que lo permite, pero sin reproducir el contenido del precepto en el sentido de hacer constar expresamente que la ejecución parcial sólo será posible si hubiesen vencido al menos 3 plazos mensuales o un número de cuotas equivalente al menos a 3 meses. Esta norma admite pacto en contra, si bien nunca por debajo del referido plazo de 3 meses. Por ello, para poder usar parcialmente los procedimientos de ejecución referidos, es necesario que en la escritura figuren esas concretas condiciones que posibilitan su utilización.

Ahora bien, la Dirección entiende que cabe la inscripción parcial del título, sin las cláusulas sobre los procedimientos de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial en caso de vencimiento anticipado parcial. Ciertamente es doctrina consolidada que las cláusulas sobre procedimientos de ejecución constituyen elemento delimitador esencial del derecho de hipoteca, de modo que para poder inscribirla sin ellas se precisa solicitud expresa de las partes. En este supuesto se solicita expresamente la inscripción parcial de la cláusula de vencimiento anticipado por impago total, a los efectos del artículo 434 RH, lo cual es perfectamente posible.

IDENTIDAD DE LOS OTORGANTES

R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6395)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa cuya vendedora aparece nombrada de la misma forma en la escritura, el Registro y el Catastro, si bien en la solicitud de información registral hecha desde la notaría se nombra erróneamente con otros apellidos. El registrador, sin afirmar que tenga dudas en la identidad, se limita a pedir que se acredite el cambio de apellidos de la otorgante. Sin embargo, la Dirección entiende que se trata de un irrelevante error de transcripción que no produce confusión de identidad, máxime cuando coinciden otros datos como el DNI o el nombre del marido.

INCOMPATIBILIDAD DEL REGISTRADOR

R. 24 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12049)

Estima el recurso contra la decisión de un registrador mercantil requerido para conciliación registral al amparo del artículo 103 bis LH, de inhibirse por mantener amistad manifiesta con una de las partes. En tal caso, dispone el artículo 102 RH que el registrador incompatible deberá oficiar al registrador a quien corresponda intervenir según el cuadro de sustituciones que, para vacantes e incompatibilidades, es el aprobado por R. 6 abril 2017 (no confundir con el cuadro previsto para calificación sustitutoria conforme al artículo 19 bis LH). En consecuencia, corresponde al registrador que se inhibe remitir el expediente al registrador competente según el cuadro de interinidades.

INMATRICULACIÓN

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6362)

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6361)

Admite la inscripción de un expediente notarial de dominio para inmatriculación, que había sido calificado negativamente por la registradora por no coincidir su promotor con el titular catastral. Sin embargo,

la Dirección entiende que el requisito de coincidencia entre el titular catastral y el adquirente en el título se venía exigiendo en el hoy derogado artículo 298 RH exclusivamente para el procedimiento inmatriculador del artículo 205 LH, pero no para el expediente de dominio, en cuya regulación actual del artículo 203 no se contempla tal exigencia.

Cuestión distinta es que, hallándose la titularidad catastral de la finca “en investigación” conforme a la Ley 33/2003, cabría plantearse si el notario debió haber efectuado a la Administración la notificación y solicitud de informe sobre la base de la regla quinta del 203-1 LH. Pero al no haberse abordado esta cuestión en la calificación, tampoco puede abordarse en el recurso.

R. 21 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6373)

Suspende la práctica de la inmatriculación de dos fincas pretendida por la vía del artículo 205 LH, por falta de coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Respecto de una de las fincas el título recoge más cabida que el Catastro; y respecto de la otra es al revés. La Dirección encuentra fundadas las dudas del registrador y recuerda que a los efectos del citado artículo, la identidad descriptiva entre el título y el Catastro debe ser plena.

R. 14 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7070)

Deniega la práctica de una inmatriculación, pretendida por la vía del artículo 205 LH mediante la aportación de: escritura de febrero de 2019 de elevación a público de documento privado de compraventa fechado hace 40 años en el que la finca se describe con 18 áreas; y escritura de mayo de 2019 otorgada sólo por los compradores, por la que se rectifica la anterior en el sentido de describirla con 36 áreas de conformidad con el Catastro.

Además de no haberse aportado título público previo de adquisición por el vendedor al menos con un año de antigüedad respecto de la escritura de elevación a público (defecto que no se recurre), la inscripción se deniega por falta de identidad entre la finca transmitida en la escritura de elevación y la certificación catastral, ya que la rectificación que hace coincidir ambas descripciones exige la intervención de todos los comparecientes -o sus causahabientes- en los títulos previo e inmatriculador.

R. 5 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7202)

Deniega la práctica de una inmatriculación, pretendida por la vía del artículo 205 LH, mediante dos escrituras separadas por más de un año: una primera en la cual, quien se dice dueño de una finca por cesión gratuita de sus padres hecha hace más de treinta años, vende una quinta parte indivisa de la misma a otra persona; y una segunda escritura de extinción de la comunidad formada por los dos copropietarios, en cuya virtud la finca es íntegramente adjudicada al vendedor.

Ciertamente es doctrina de la Dirección admitir la extinción de comunidad como título inmatriculador. Así y entre otras, en la R. 1 julio 2016, la Dirección asume la doctrina de la S TS 25 febrero 2011: la división de cosa común tiene naturaleza jurídica compleja; sea o no traslativa, lo cierto es que produce una mutación jurídico real esencial, pues extingue la situación de comunidad preexistente y modifica el derecho y el poder del comunero sobre el bien, por lo que es una verdadera atribución patrimonial apta como título inmatriculador de la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada.

Ahora bien, en el supuesto calificado resulta que la venta de una quinta parte para después extinguir la comunidad adjudicando toda la finca al vendedor, tiene una finalidad claramente instrumental. La documentación se ha creado “ad hoc” para conseguir la inmatriculación. Por otro lado, no se ha acreditado el doble título de la totalidad de las cuotas de la finca, sino sólo respecto de una quinta parte indivisa. Respecto de las demás cuotas adjudicadas sólo se dice que fueron adquiridas por cesión gratuita, pero sin acompañarse la necesaria escritura pública de donación (artículo 633 Cc).

R. 11 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7352)

Suspende la inmatriculación de una finca, que se pretende por la vía del artículo 205 LH, por encontrar fundadas las dudas del registrador sobre la coincidencia -si quiera parcial- de la finca a inmatricular con otra que consta ya inscrita.

El Título VI RH ha quedado tácitamente derogado por la Ley 13/2015, de modo que ya no rigen los artículos 300 y 306 RH, que permitían recurrir al juez de primera instancia para que resolviese mediante auto en casos de suspensión por dudas del registrador sobre la coincidencia con otras fincas ya inmatriculadas. A partir de ahora ya sólo cabrá el recurso judicial contra calificación registral, el procedimiento judicial declarativo previsto en el artículo 198 LH y el procedimiento notarial de inmatriculación del artículo 203 LH.

R. 20 marzo 2020 (BOE 188, 9-VII-20: 7534)

Revoca la calificación registral que había denegado la inmatriculación de una finca, pretendida por la vía del artículo 205 LH mediante escritura de extinción de condominio. El registrador había calificado negativamente por falta de tracto, al entender que la finca cuya inmatriculación se pretende forma parte de otra finca inscrita a nombre de persona distinta de los otorgantes. Pero la Dirección estima el recurso porque el registrador no expresa las razones concretas sobre las que funda sus dudas de identidad de la finca. Tampoco procede la inscripción parcial del título, porque las operaciones solicitadas sólo podrían dar lugar a un solo asiento registral (la inscripción de dominio a favor de la adjudicataria en la extinción de condominio).

R. 1 junio 2020 (BOE 189, 10-VII-20: 7656)

Deniega la inscripción de un acta notarial que concluye un expediente inmatriculatorio del artículo 201 LH, en relación con el 203. El registrador suspende la inscripción por existir dudas de que la finca a inmatricular coincida con otra ya inscrita, sin que durante el expediente se haya realizado actuación alguna encaminada a disipar las dudas. El recurrente alega que el registrador no advirtió esta circunstancia en la certificación expedida al inicio del procedimiento. Sin embargo, de la documentación aportada resulta que sí hubo tal advertencia en la expresada certificación; y que la certificación a que se refiere el escrito de recurso es otra distinta, solicitada por el propio interesado y expedida dos meses antes del inicio del expediente notarial. No hay inconveniente para admitir que la solicitud de certificación o anotación preventiva sea presentada por el propio interesado (artículo 6 LH), pero tal solicitud debe ser suscrita por el notario autorizante del acta, ante el que se tramita el procedimiento (artículo 201-1 LH).

R. 1 junio 2020 (BOE 189, 10-VII-20: 7658)

Durante la vigencia del artículo 298 RH fue cancelado un asiento de inmatriculación por falta de publicación en el plazo previsto del edic-



to exigido por dicha norma. El título inmatriculador era una escritura de compraventa. Ahora se vuelve a presentar la compraventa, pero entre tanto han inmatriculado la finca por otro título a su nombre los herederos del entonces vendedor. El asiento ya practicado está bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8803)

Deniega la inmatriculación de tres fincas, pretendida por la vía del artículo 205 LH mediante escritura de compraventa complementada por acta de notoriedad para inmatriculación de la que resulta notorio que el vendedor era dueño de las fincas desde hacía más de un año.

Las tres fincas no lindan entre sí, aunque se dice que forman un solo conjunto de construcciones, y están bajo una sola referencia catastral. Esta circunstancia supone que no concurra la identidad exigida por el citado artículo 205 entre la finca a inmatricular y la parcela catastral. Otra cosa sería que se pretendiera inmatricular una sola finca discontinua formada por tres porciones no colindantes, pues en tal caso sí que habría identidad.

Por otro lado, habiendo expresado la registradora sus dudas acerca de una posible invasión del dominio público, según consulta a la aplicación de bases gráficas homologadas a que se refiere el artículo 9 LH, debe notificar esta circunstancia a la administración competente, según lo dispuesto por el artículo 28-4 LS.

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8902)

Suspende una inmatriculación pretendida mediante expediente notarial de dominio tramitado según el artículo 203 LH. El notario ha notificado como colindante sólo al Ayuntamiento, ya que según la certificación catastral descriptiva y gráfica, consultable directamente en la Sede electrónica del Catastro, la finca linda por todos los lados con vía pública. Sin embargo, en la misma Sede la cartografía catastral muestra que el inmueble linda por el norte con dos propiedades particulares que deben ser notificados.

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8916)

Admite la inmatriculación de una finca que se pretende por la vía del artículo 205 LH, mediante dos títulos que el registrador había considerado creados instrumentalmente o "ad hoc" con el único objeto de conseguir la inmatriculación: escritura otorgada en noviembre de 2019 de aportación a la sociedad de gananciales realizada por la esposa; precedida de escritura otorgada en octubre de 2018 por la que la esposa compraba con confesión de su esposo del carácter privativo del precio.

No concurren los elementos necesarios para poder inferir la creación instrumental de los títulos. En particular, no hay coetaneidad o proximidad de los dos negocios, al mediar entre ambos el plazo mínimo de 1 año, que es el criterio fijado legalmente. No existe circularidad, es decir no termina siendo titular el transmitente inicial. El tiempo transcurrido entre la adquisición y la aportación descarta también entender que se esté encubriendo un pacto de atribución de gananciales ex artículo 1355 Cc, ya que el mismo exigiría que dicha atribución se hiciese en el mismo momento de formalizar la adquisición. Por último, se ha tributado lo correspondiente a cada negocio jurídico documentado, debiendo recordarse que la mera exención fiscal de la aportación a la sociedad de gananciales no es elemento suficiente para deducir la creación instrumental "ad hoc".

R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9050)

Admite la inmatriculación de una finca por la vía del artículo 205 LH, a pesar de que la registradora, comparando la cartografía catastral con las ortofotografías de que dispone la aplicación registral homologada para el tratamiento de representaciones gráficas, aprecia que la finca invade parcialmente una carretera. Lo procedente no es denegar sino más la inmatriculación, sino practicar a la Administración competente la notificación prevista en el citado artículo.

R. 16 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9058)

En 1992 se inscribió una finca resultante de concentración parcelaria a nombre de quienes aportaron la finca de origen al procedimiento de concentración. Estos aportantes, sin embargo, mientras se tramitaba el procedimiento vendieron la finca de origen a otras personas, quienes en 1989 la inmatricularon a su nombre por la vía del artículo 205 LH. Ahora se admite la inscripción de una escritura por la que los primeros propietarios, aportantes en su día al procedimiento de concentración, venden la finca que se les adjudicó en el mismo a otros compradores. El registrador había denegado la inscripción por falta de tracto.

Sin embargo, la Dirección entiende que lo que se ha producido es una doble inmatriculación, como consecuencia de haberse vendido la finca de origen durante el proceso de concentración parcelaria. Esta situación tiene solución a través del expediente del artículo 209 LH, procediendo el cierre del folio de la finca con historial más moderno (la resultante de la concentración parcelaria), en beneficio de la finca de historial más antiguo (la resultante de inmatriculación mediante la venta efectuada constante el procedimiento de concentración). Entretanto, nada impide inscribir el título calificado.

R. 28 julio 2020 (BOE 213, 7-VIII-20: 9374)

El testador legó tres octavos de una finca a uno de sus hijos, otros tres octavos a otro hijo, y estableció que los legatarios podrían disponer por cualquier título "inter vivos" -oneroso o gratuito- de las participaciones legadas, si bien ordenando sustitución preventiva de residuo a favor de sus otros tres hijos. Ahora se deniega la inmatriculación de seis octavos de la finca, que se pretende en virtud de los siguientes títulos públicos (artículo 205 LH): como título previo, escritura de herencia donde se entrega el legado en los términos ordenados en el testamento; y como título inmatriculador -otorgado con más de un año de diferencia-, escritura en la que ambos legatarios permutan recíprocamente sus respectivas participaciones. La Dirección asume los dos defectos observados en la calificación.

La escritura de permuta es un título creado "ad hoc" para conseguir la inmatriculación. No altera la posición jurídica ni la titularidad de los permutantes, puesto que sus partes indivisas no se concretan en el uso exclusivo de una parte de finca, sino que se trata de una cuota abstracta idéntica a los de los demás comuneros y que no puede individualizarse.

Por otro lado, la permuta pretende burlar la sustitución fideicomisaria de residuo impuesta por el causante, liberando los bienes de tal gravamen y posibilitando que los fiduciarios puedan transmitir "mortis causa" su cuota, que de otra forma debería pasar a sus otros hermanos. La proporción de los permutantes en la comunidad no se altera,

por lo que no puede entenderse cumplida la condición a que se somete la purificación del fideicomiso.

R. 12 febrero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11101)

Admite una inmatriculación de finca por doble título (artículo 205 LH): el título previo es una escritura de adjudicación de herencia, donde la finca se adjudica en propiedad indivisa a los hijos del causante y a su viuda, la cual tiene además el usufructo de una cuota cuya nuda propiedad es de los hijos; y el título inmatriculable es una escritura de disolución de comunidad, donde se adjudica el pleno dominio de la finca a uno de los coherederos, quien compensa en metálico a los demás titulares de derechos.

El registrador entiende que la extinción de condominio requiere que los derechos poseídos en comunidad sean iguales, no siéndolo la nuda propiedad y el usufructo. Además, la extinción de condominio no está prevista como causa de extinción del usufructo.

Sin embargo, la Dirección aplica la doctrina de la S TS 2 abril 2008 que, en relación también a un supuesto de acción de división de cosa común en la que estaba interesada una usufructuaria, entendió que si bien procesalmente la usufructuaria no forma parte de la comunidad y carece de legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de división, esto no impide que al realizar una disolución de comunidad a iniciativa de una o varias comuneras, la usufructuaria resulte compensada por su derecho.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11321)

Suspende la inmatriculación de una finca, que se pretende por la vía del artículo 205 LH, por encontrar fundadas las dudas del registrador sobre la coincidencia de la finca a inmatricular con otra u otras que constan ya inscritas. Tales dudas se fundan en la circunstancia expresada en el título de que la finca cuya inscripción se solicita procede de otra mayor inscrita, en cuya historial registral constan numerosas segregaciones efectuadas por contratos privados posteriormente elevados a público.

El Título VI RH ha quedado tácitamente derogado por la Ley 13/2015, de modo que ya no rigen los artículos 300 y 306 RH, que permitían recurrir al juez de primera instancia para que resolviese mediante auto en casos de suspensión por dudas del registrador sobre la coincidencia con otras fincas ya inmatriculadas. A partir de ahora ya sólo cabrá el recurso judicial contra calificación registral, el procedimiento judicial declarativo previsto en el artículo 198 LH y el procedimiento notarial de inmatriculación del artículo 203 LH.

R. 3 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-200: 11640)

Estima el recurso contra la calificación que había denegado la inscripción de una escritura por la cual el titular registral de dos fincas adquiridas por herencia, solicita hora su rectificación en el sentido de hacer constar, sobre la base de un informe pericial, que una de las fincas no existe y que la otra es la única que responde a la realidad material. El registrador deniega la inscripción por entender que lo que se pretende es declarar la existencia de una situación de doble inmatriculación y que se cancele el historial de la que se considera indebidamente inmatriculada, siendo estos acuerdos de la exclusiva competencia del registrador conforme al artículo 209 LH.

Sin embargo la Dirección, sobre la base de los términos literales de la escritura, entiende que el defecto no puede ser mantenido. Lo que precisamente hace el titular de ambas fincas es solicitar al registrador el inicio del expediente del artículo 209, y anticiparle su criterio sobre cuál debe ser la finca registral que ha de subsistir y cuál la que no.

R. 14 octubre 2020 (BOE 288, 31-X-20: 13326)

Estima el recurso contra la decisión del registrador que había denegado el inicio de un procedimiento de doble inmatriculación (artículo 209 LH). El promotor y recurrente entiende que una finca colindante a la suya se ha inscrito con una superficie que incluye una franja de terreno que ya estaba inscrita como parte de la del promotor, produciéndose en consecuencia una doble inmatriculación parcial referida a esa franja de terreno. El registrador desestima esta pretensión basándose únicamente en la consideración de que el lindero inscrito de la finca del promotor recurrente es un camino, cuya superficie por tanto no forma parte de su finca.

Sin embargo entiende la Dirección que existen indicios más sólidos de una posible doble inmatriculación: de la consulta de los antecedentes catastrales resulta la variación del lindero en cuestión, de manera que el perímetro de la finca del recurrente varió posteriormente respecto del que fue objeto de inmatriculación en 2001, sufriendo un detrimento de una franja de terreno en favor de la finca colindante que fue objeto de inmatriculación posterior ya con inscripción de su representación gráfica. Lo procedente es iniciar el expediente de doble inmatriculación para resolver la situación.

R. 20 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13558)

Suspende la tramitación de un expediente de doble inmatriculación, solicitado por la parte promotora al entender que la construcción de un edificio privado en determinada finca registral invade parcialmente un jardín público también inscrito.

En primer lugar, la parte promotora no es titular de ningún derecho inscrito ni anotado sobre las fincas en cuestión, que es el criterio de legitimación establecido en la regla segunda del artículo 209 LH. Se trata de una regla específica, que descarta por tanto la aplicación extensiva de la acción pública de protección de la legalidad urbanística del artículo 62 LS.

En segundo lugar, el primer requisito para iniciar el procedimiento del artículo 209 LH es precisamente que el registrador aprecia la existencia de doble inmatriculación. Sin embargo, en este caso tanto el registrador como la Dirección entienden que la perturbación extraregistral manifestada por la parte requirente en todo caso sería una construcción extralimitada, que es una situación jurídica diferente y ajena al procedimiento de doble inmatriculación.

R. 22 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13752)

Deniega la inscripción de una escritura de adición de herencia en la que se solicita la inmatriculación de una finca, constando ya en el Registro una finca situada en la misma calle, con la misma referencia catastral, inscrita a favor de otra persona, que la adquirió por donación de la causante de la herencia ahora calificada.

Ciertamente no es suficiente para denegar la inscripción la mera expresión de que existe coincidencia con la referencia catastral de un inmueble inscrito, pues la constancia de la referencia catastral es



un dato descriptivo y no supone por sí sola la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio registral. Sin embargo en el supuesto resuelto, esta circunstancia concurre con otras (identidad entre causante y donante, coincidencia en la ubicación de la finca) que hacen razonable la duda de que la inscripción del título calificado produciría una doble inmatriculación. Las alegaciones del recurrente sobre la falsificación del título inscrito deben ventilarse judicialmente y no por vía de recurso contra calificación.

R. 30 octubre 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14746)

Deniega la inscripción de una sentencia dictada en procedimiento ordinario promovido por la Administración estatal, por la que se declara que existe una situación de doble inmatriculación y se acuerda la cancelación del historial de una de las dos fincas registrales afectadas (la que no consta inscrita a nombre del Estado). La cancelación de historial registral pretendida se deniega por falta de tracto, ya que el procedimiento se ha seguido contra los titulares registrales de la mencionada finca, bien existen sendas inscripciones de hipoteca a favor de titulares que no han sido demandados en el proceso.

Tampoco puede asumirse la pretensión del Estado de que se inscriba a su favor el dominio de la finca de cuyo historial se solicita la cancelación, manteniendo las inscripciones de hipoteca. No es eso lo que ordena la sentencia; y además tal solución supondría de hecho mantener la situación de doble inmatriculación.

R. 30 octubre 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14747)

Mediante instancia privada se solicita que, por existir una situación de doble inmatriculación, se cancele el historial de una de los dos fincas en cuestión y se traspase su historial al folio de la otra finca registral. Las titularidades de ambas fincas no son coincidentes; y ninguna de ellas tiene incorporada referencia catastral, ni consta georreferenciada. Tras tramitar el procedimiento del artículo 209 LH, la registradora deniega la pretensión contenida en la instancia, por falta de comparecencia del titular de la finca a la que debe traspasarse el historial de la que se pretende cancelar. La Dirección confirma la calificación negativa. Queda abierta la posibilidad de interponer demanda en juicio declarativo.

R. 20 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15782)

Suspende la inmatriculación de una finca, pretendida por la vía del artículo 205 LH mediante la presentación de: como título inmatriculable, una escritura de extinción de condominio otorgada en 2011, que describe una finca de 80.000 metros cuadrados y cuatro colindantes; como antetítulo, la escritura de compra por los condueños, otorgada en 2002, en la que consta la misma descripción de la extinción de comunidad; y por último, escritura actual de rectificación de la escritura de extinción de condominio, en el sentido de adecuar la descripción de la finca con el Catastro, haciendo constar que tiene 400.000 metros y trece colindantes, de los cuales sólo dos coinciden con los expresados en el título rectificado.

Ciertamente la doctrina más reciente matiza la exigencia legal de identidad entre las descripciones contenidas en el título inmatriculador y en el Catastro, en el sentido de interpretar que tal identidad debe entenderse referida únicamente a la ubicación, fijación de linderos y perímetro (descartando construcciones o edificaciones). Ahora bien, lo que ocurre en el caso resuelto es que hay una evidente discrepancia

entre las descripciones del título inmatriculador y de su antetítulo; y a la vez, una duda fundada y justificada por la registradora respecto de la identidad de la finca.

MEDIOS DE PAGO

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6363)

Suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad conyugal, en la cual la esposa se adjudica todos los bienes compensados al esposo con una cantidad de dinero que se dice satisfecha antes de la firma de la escritura. No se identifica el medio de pago empleado para la satisfacción de tal cantidad. No consta si el pago se hizo en metálico, cheque bancario o no –y en su caso, nominativo o al portador–, otro instrumento de giro, transferencia bancaria (artículo 24 LN), ni en su caso, el código de la cuenta de cargo (artículo 177 RN). A la liquidación de sociedad conyugal con existencia de contraprestación en dinero, le resulta de aplicación la normativa sobre medios de pago.

R. 4 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7201)

Admite la inscripción de una compraventa, a pesar de que las discrepancias entre la reseña de dos cheques como medios de pago en el cuerpo de la escritura, y el testimonio de los mismos unido a la escritura. En concreto, se ha reseñado como correspondiente al vendedor el cheque bancario cuyo número acaba en 4, y como correspondiente a la vendedora el cheque cuyo número acaba en 5, mientras que del testimonio resulta que es al revés, siendo ambos del mismo importe y entidad bancaria libradora.

Para la Dirección se trata de un error de escasa entidad, siendo claramente constatable que debe prevalecer el contenido del cheque testimoniado sobre lo manifestado.

R. 20 marzo 2020 (BOE 188, 9-VII-20: 7533)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de contrato privado de compraventa, de la que resulta que el medio de pago entre las partes fue la compensación de una deuda que la parte vendedora tenía con la compradora, ya que –según se justifica con documento expedido por la Agencia Tributaria–, la segunda había pagado una deuda fiscal de la primera. El crédito compensado está perfectamente identificado y se hace constar la cuenta concreta de la contabilidad social donde figura.

La registradora había denegado la inscripción por falta de constancia de los medios de pago empleados en la compra. Sin embargo, entiende la Dirección que la compensación no es un medio de pago, sino una forma de extinción de las obligaciones (artículo 1156 Cc); y por tanto no se le puede aplicar la normativa sobre medios de pago.

NEGOCIO FIDUCIARIO

R. 19 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7081)

Admite la inscripción de una escritura por la que el cotitular registral de una finca, con el consentimiento de su cónyuge, reconoce el dominio íntegro de la misma a favor del otro copropietario, cuyos herederos otorgan la escritura. En el título se reconoce que el copropietario hoy fallecido fue quien en su día desembolsó íntegramente el precio de compra, aunque en la adquisición intervino también el hoy



Resoluciones

confesante como un mero mandatario en nombre propio aunque por cuenta del otro adquirente.

Es doctrina consolidada la que admite la posibilidad de inscribir el reconocimiento de dominio, como adecuación de la titularidad formal a la realidad, siempre que se otorguen por las únicas partes que deben hacerlo, en tanto que por ellas se reconoce un pacto de fiducia, sin que pueda mantenerse que sea un título carente de causa si en él se exterioriza la relación de representación hasta ese momento reservada. De esta forma se asume la doctrina más reciente del TS (S de 25 febrero 1994, S 19 junio 1997, S 18 enero 2000, S 31 octubre 2003, S 2 abril 2012, S 30 mayo 2016, S 10 junio 2016): la representación indirecta tiene efectos directos hacia el representado cuando el carácter ajeno de la gestión quede suficientemente acreditado. Si no hay acuerdo entre las partes, hará falta una sentencia que declare la relación representativa. Pero también es admisible la escritura otorgada por el representante y el representado reconociendo un pacto de fiducia, de modo que el primero reconozca "erga omnes" el derecho del segundo, haciendo así coincidir la titularidad formal con la material. Tal escritura tiene como causa la del título previo otorgado por el representante en uso de su representación. Ahora bien, el reconocimiento, para ser título traslativo o declarativo del dominio, debe estar suficientemente causalizado, acreditando la existencia de la relación representativa; y no puede perjudicar a terceros de buena fe que confiaron en la titularidad formal del gestor.

En el título calificado consta la causa de la adquisición onerosa, la existencia del pacto de fiducia y el negocio jurídico -en este caso reconocitivo o declarativo- mediante el cual el fiduciario cumple su obligación de facilitar la inscripción a favor del fiduciante una vez agotados los límites de la fiducia.

OBRA NUEVA

R. 20 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6368)

Admite la inscripción de una declaración de obra preexistente (por la vía del número 4 del artículo 28 LS), no encontrando fundadas las dudas de la registradora sobre si la edificación realmente se ubica en la finca inscrita, cuya previa georreferenciación exigía.

Es doctrina consolidada que, siendo legalmente obligatorio georreferenciar la porción de terreno ocupada por la edificación, la georreferenciación de la finca sobre la que se ubica la misma, si bien permitiría efectuar el análisis geométrico espacial que conduzca a concluir sin dudas que la porción edificada está ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la se declara, sólo será exigible si el registrador albergase dudas al respecto. Pero tales dudas no pueden ser arbitrarias, sino que deberán ser fundadas y motivadas en criterios objetivos y razonados, y deberán referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes, o a que se encubre un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

En el caso resuelto, las dudas del registrador se fundan en que según los asientos registrales y los títulos de concentración parcelaria que los causó, existen construcciones en las fincas lindantes pero no en la del declarante. Pero lo cierto es que bien pudiera tratarse de una obra distinta, o incluso que su ubicación fuese errónea en el título de

concentración. A la escritura se acompañan un acta notarial según la cual la obra se encuentra dentro de la finca inscrita, y un informe topográfico que así lo acredita.

R. 20 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6371)

Suspende la inscripción de una compraventa de vivienda, cuyo vendedor había declarado la obra nueva de la misma en el número de protocolo anterior, manifestando que se trata de un supuesto de construcción por autopromotor para uso propio, por lo que no acredita la constitución del seguro decenal. En la compraventa el comprador exonera al vendedor de la obligación del constituirlo. Se aporta licencia de primera ocupación.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada para este tipo de supuestos: si el autopromotor de vivienda para uso propio que se ha acogido a la exención del seguro decenal vendiera a un tercero, no bastaría con que éste le exonerase de la contratación del seguro, sino que además el promotor tendría que acreditar haber utilizado la vivienda. Para ello no bastaría la mera manifestación, sino que haría falta prueba documental adecuada (como acta de notoriedad o certificado de empadronamiento), pero no la licencia de primera ocupación, cuya virtualidad es acreditar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su uso al destino previsto en la normativa urbanística, si bien no prueba la efectividad de tal uso.

R. 23 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6383)

Deniega la inscripción de una escritura otorgada en 1980, de adjudicación proindiviso de un departamento por el presidente de una cooperativa a favor de los socios de la misma. Aunque el notario consideró suficientes las facultades del representante y el recurrente alega ahora que el mismo tenía entonces facultades genéricas para la adjudicación de "las viviendas" a los cooperativistas, en la escritura se hizo constar que las concretas facultades del presidente resultaban de un acuerdo de junta cuya certificación se incorporó y que estaba referido a otra finca registral.

Es doctrina consolidada sobre ámbito temporal de vigencia del artículo 98 Ley 24/2001, que, debido a que dicho precepto impone una determinada forma de actuación al notario, la fecha que debe tenerse en cuenta para aplicarlo no es la de la inscripción, sino a la de la autorización. Conforme a la normativa vigente al tiempo de autorizar la escritura, la capacidad para obrar en nombre ajeno quedaba dentro del ámbito de la calificación registral.

R. 13 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6676)

Deniega la inscripción de una ampliación de obra finalizada en abril de 2017 sobre finca ubicada en Baleares. Se aporta cédula de habitabilidad expedida en enero de 2018; pero es preciso aportar también licencia de primera ocupación por exigirlo así la legislación balear.

Se trata de actos administrativos diferentes. La licencia de primera ocupación o utilización es de concesión municipal; su finalidad es proteger la legalidad urbanística comprobando que la obra se ha ejecutado conforme al proyecto para el que se concedió licencia, con independencia de que esté o no autorizada la actividad a desarrollar. La cédula de habitabilidad la concede la Comunidad Autónoma (que puede delegar su otorgamiento a los entes locales); su finalidad es acreditar que la edificación reúne las condiciones mínimas para ser destinada a vivienda en el momento de finalizar la obra o en otro pos-



terior (venta o alquiler), es decir, que la vivienda tiene las condiciones de salubridad, higiene y solidez que la hagan apta para su finalidad; de ahí su duración limitada y la necesidad en su caso, de renovación.

En ocasiones ambas se solapan, por lo que algunas Comunidades Autónomas han suprimido la cédula de habitabilidad con el fin de evitar la duplicidad de controles. Así ocurre en Andalucía, Aragón (en el caso de primera ocupación), Castilla-León, Castilla-La Mancha, Galicia y País Vasco. Pero el supuesto resuelto se rige por la legislación balear, que mantiene la necesidad tanto de licencia de primera ocupación (artículo 158 Ley Urbanismo 12/2017), como de cédula de habitabilidad para ocupar, vender o alquilar una vivienda (artículo 16 Ley Vivienda 5/2018). La cédula de habitabilidad, en el momento de su expedición en enero de 2018, era presupuesto para obtener la licencia de ocupación, pero no acreditaba su concesión, la cual es requisito de inscripción de la obra según el artículo 28-4 LS estatal.

R. 14 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7072)

Admite la inscripción de una escritura de obra nueva en construcción en la cual previamente se declara la modificación descriptiva de la finca como consecuencia de la demolición de la vivienda unifamiliar existente en la misma. El registrador había exigido aportar licencia de demolición de la casa. Sin embargo, la Dirección considera que la modificación descriptiva resultante de la previa demolición resulta plenamente amparada en la licencia urbanística y certificación técnica exigidas por el artículo 28-1 LS.

R. 5 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7205)

Suspende la inscripción de una ampliación de obra, cuya inscripción se solicita como “obra antigua” en la vía del apartado 4 del artículo 28 LS, con creación de cuatro nuevos departamentos de una propiedad horizontal. Se aporta certificado técnico que acredita que la obra tiene una antigüedad superior a 4 años (plazo de prescripción de infracciones urbanísticas establecido por el artículo 195 Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid). Lo que se debate es si hace falta aportar libro del edificio y licencia urbanística, y acreditar el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética y la contratación del seguro decenal.

En cuanto al libro del edificio, el artículo 202 LH exige su aportación y archivo registral “salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible”, lo cual debe interpretarse en el sentido de no exigir este requisito para las solicitudes de licencia anteriores al 6 de mayo de 2000 (fecha de entrada en vigor de la LOE), ni para las obras nuevas declaradas de conformidad con el apartado 4 del artículo 28 LS, pero en este último caso, siempre que se haya respetado el principio de rogación; es decir, siempre que –como en este caso– se haya solicitado expresamente la inscripción según el citado apartado 4.

Tampoco es exigible la aportación de certificado de eficiencia energética en la inscripción de obras respecto de las cuales ya no cabe adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (R. 19 abril 2016).

En cuanto a la aportación de licencia municipal para inscribir los cuatro nuevos departamentos de la propiedad horizontal creados como consecuencia de la ampliación de obra, aunque ciertamente las normas autonómicas aplicables la exigen en general para las obras de edificación o modificación de edificios, entiende la Dirección que no

es preciso aportarla en caso de obras prescritas, por analogía con el citado apartado 4 del artículo 28 LS

Ahora bien, la inscripción se deniega por falta de acreditación del seguro decenal, ya que no ha transcurrido el plazo de diez años desde la terminación de la construcción según el certificado técnico. El recurrente alega que es aplicable la excepción de la adicional segunda de la LOE por tratarse de un autopromotor y destinarse las viviendas a uso propio. Sin embargo, la Dirección entiende que no concurren los requisitos de dicha adicional, por no existir en este caso independencia estructural entre las cuatro viviendas, situadas dos de ellas en la planta baja y las otras dos en la planta séptima del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. Es decir, no se trata de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar integrado por varias viviendas en la que existen elementos comunes a todas ellas (R. 29 noviembre 2017).

R. 20 marzo 2020 (BOE 188, 9-VII-20: 7536)

Confirma la calificación que había denegado la inscripción de una obra nueva sita en Madrid, respecto de la cual el declarante pretendía haber adquirido la licencia de primera ocupación por silencio administrativo positivo.

La Ley del Suelo de 2015 no incluye la ocupación entre los actos que requieren autorización expresa con silencio administrativo negativo. En el ámbito de la legislación madrileña la concesión de licencia de ocupación se vincula a la realización de inspección previa; y se contempla el silencio administrativo positivo para el caso de que dicha inspección no se haya efectuado en plazo de dos meses desde que se comunicó la finalización de las obras. En este supuesto, el recurrente justifica que ha transcurrido este plazo de dos meses y el Ayuntamiento no ha realizado la inspección para la que fue requerido. Sin embargo, del documento municipal del que resulta no haberse realizado la inspección en plazo, resulta también que ello se debe a que han sido infructuosos todos los intentos del Ayuntamiento de ponerse en contacto con la empresa declarante a fin de realizar la visita de inspección. El silencio -positivo o negativo- opera en los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado cuando se paralicen por causa no imputable al mismo. En el supuesto resuelto, el Ayuntamiento no expide el certificado acreditativo del silencio requerido, porque alega que la paralización no le es imputable. Es un problema de derecho material que excede del ámbito de la calificación registral.

R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8495)

R. 3 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8503)

Como consecuencia de la inscripción de una obra nueva “prescrita” conforme al artículo 28-4 LS-2015 (antes 20-4 LS-2008), el registrador practicó la preceptiva notificación al Ayuntamiento, quien ahora presenta resolución por la que pretende que se haga constar mediante nota marginal que la edificación no cuenta con licencia de obras, es clandestina y que por tanto, de conformidad con el artículo 182-4 Decreto-Legislativo 1/2010 de Ley de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, pese a que ya no cabe ordenar la demolición de la misma, queda sujeta al régimen de fuera de ordenación y cualquier operación que implique aumento de volumen o consolidación requerirá la previa aprobación de un proyecto de legalización.



Resoluciones

La Dirección admite la práctica de la nota solicitada, puesto que la resolución municipal calificada cumple los requisitos de concreción mínima del citado artículo de la LS, que exige expresar la concreta situación urbanística, con delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones impuestas al propietario.

R. 5 abril 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8796)

Suspende la inscripción de una escritura de rehabilitación de edificio y división horizontal del mismo, en la cual comparece el Arquitecto director de la obra para manifestar que la rehabilitación declarada se ajusta a la realidad, a la licencia y al proyecto.

El primer defecto consiste en que no es suficiente la mera manifestación del representante de la sociedad promotora en cuanto a la innecesidad de constituir el seguro decenal, siendo precisa la manifestación o certificación del técnico sobre que el proyecto se refiere a un supuesto de lo que la LOE establece como de rehabilitación. No es lo mismo un contrato que establezca obligaciones recíprocas entre las partes, donde hay jurisprudencia favorable a presumir que las partes asumen el íntegro contenido de los acuerdos cuando los suscriben sin reservas, que una declaración de obra nueva, donde no hay contraparte y donde la intervención preceptiva del técnico competente tiene por objeto emitir un certificado, entendiéndose por tal el documento oficial expedido por quien tiene capacidad y aptitud para ello, quien tras haber realizado labores de estudio y análisis hace constar la realidad de un hecho o la certeza de un dato. No cabe por tanto presumir que la mera comparecencia del arquitecto en la declaración de obra nueva suponga que asuma como propias y bajo su responsabilidad las manifestaciones efectuadas por el declarante que no acredite la capacidad técnica para efectuarlas.

También se confirma el defecto consistente en que deben completarse los linderos de los departamentos 3 y 5 para hacer constar que lindan por su derecha y respectivamente con los departamentos 2 y 4. Ciertamente el arquitecto describe las fincas y sus lindes bajo su responsabilidad, pero no es menos cierto que la calificación debe ir encaminada a que el reflejo registral de los departamentos privativos sea lo más exacta posible, pudiendo advertir errores y omisiones para cuya percepción no hace falta formación específica, lo cual no supone cuestionar la capacidad del arquitecto, sino obtener la claridad y precisión que demanda el principio de especialidad.

R. 16 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9056)

Admite la inscripción de una escritura que declara una ampliación de obra prescrita (artículo 28-4 LS), donde la acreditación de la antigüedad se realiza mediante certificado de arquitecto técnico al que se acompaña certificación de su colegio profesional acreditativo de que tiene facultades suficientes para expedir el referido certificado. Se trata del tercer supuesto de técnico competente del artículo 50 RD 1093/1997. Ninguno de los 4 tipos de técnico enumerados en dicho artículo precisa de visado colegial, siendo necesaria siempre la legitimación de su firma.

R. 16 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9057)

R. 17 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9063)

R. 17 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9064)

Como consecuencia de la inscripción de una obra nueva "prescrita" conforme al artículo 28-4 LS-2015 (antes 20-4 LS-2008), el registrador

practicó la preceptiva notificación al Ayuntamiento, quien ahora presenta resolución por la que pretende que se haga constar mediante nota marginal que la edificación no cuenta con licencia de obras, es clandestina y que por tanto, de conformidad con el artículo 182-4 Decreto-Legislativo 1/2010 de Ley de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, pese a que ya no cabe ordenar la demolición de la misma, queda sujeta al régimen de fuera de ordenación y cualquier operación que implique aumento de volumen o consolidación requerirá la previa aprobación de un proyecto de legalización.

La Dirección admite la práctica de la nota solicitada, puesto que la resolución municipal calificada cumple los requisitos de concreción mínima del citado artículo de la LS, que exige expresar la concreta situación urbanística, con delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones impuestas al propietario.

R. 19 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9071)

Admite la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva, que tiene por objeto incrementar la descripción de la obra en altura, pero sin modificar la superficie ocupada por la edificación en planta. La superficie ocupada por la edificación ya consta inscrita y no es objeto de alteración, por lo cual el rigor de la exigencia legal de georreferenciar la porción ocupada por la obra nueva debe atenuarse. A pesar de no poder inscribirse la representación gráfica de la finca ni la constancia de las coordenadas de la porción de suelo ocupada, no hay obstáculo que impide la inscripción de la obra nueva.

También se desestima el otro defecto de la calificación: ciertamente el cambio de nombre o número de calle, así como el de parcela o polígono, son datos de policía cuya modificación depende de la autoridad administrativa (artículo 437 RH). Ahora bien, cuando no hay duda en cuanto a la identidad de la finca por los datos descriptivos o el número de finca registral, no hay obstáculo a la inscripción, sin perjuicio de que la misma se haga con los datos inscritos en tanto no se acrediten debidamente los cambios.

R. 28 julio 2020 (BOE 213, 7-VIII-20: 9375)

Deniega la inscripción de un acta notarial en la que los titulares registrales de unas viviendas integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal hacen constar la terminación de la obra nueva de sus respectivas viviendas. Es preciso acreditar la constitución del seguro decenal, puesto que no concurren los requisitos, ni subjetivo ni objetivo, para admitir la exoneración del seguro.

Subjetivamente, no se trata de un "autopromotor individual", puesto que los titulares declaran la obra conjuntamente como una entidad única. Además, la asimilación de la llamada "comunidad valenciana" al autopromotor individual sólo procede cuando las circunstancias arquitectónicas lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad (Resolución-Circular DGRN 3 diciembre 2003). Objetivamente, no se trata de una vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar integrado por varias viviendas con elementos comunes a todas ellas.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11316)

Admite la inscripción de una escritura otorgada en 2020 por la que se declara una obra ubicada en Extremadura y terminada en el año



2000, según se acredita con certificado técnico al que se incorpora licencia municipal de obras y cédula de habitabilidad. El único defecto apreciado por el registrador es que, según entiende, para inscribir una obra en suelo rústico debe acreditarse que la finca no se encuentra en zona de especial protección ambiental.

Es doctrina reiterada la que, en materia urbanística, distingue entre: normas sustantivas, respecto de las cuales las sucesivas redacciones legales en la materia serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia aunque las obras sean anteriores; y normas registrales, que son aplicables a los títulos presentados durante su vigencia, con independencia de la fecha de su otorgamiento.

Desde el punto de vista sustantivo, ciertamente la normativa urbanística extremeña actual (Ley 15/2001 del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura) exige la calificación urbanística como requisito administrativo de la construcción en suelo no urbanizable. Pero la norma conforme a la que se autorizó y terminó la obra fue la anteriormente vigente Ley 13/1997, que no exigía tal requisito.

A efectos registrales no pueden exigirse requisitos impuestos por una norma urbanística posterior a una edificación terminada conforme a una licencia ya otorgada con anterioridad a la vigencia de dicha norma posterior. En consecuencia, en este supuesto se cumplen los requisitos de la declaración de obra conforme al número 1 del artículo 28 LS, sin que proceda exigir la acreditación de no tratarse de un suelo de especial protección. Esta circunstancia podría haber tenido relevancia en el caso de pretenderse la inscripción en la vía del número 4 del artículo 28.

R. 15 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11914)

Estima el recurso contra la calificación que había denegado la inscripción de una declaración de obra nueva terminada consistente en una nave industrial, rechazando los defectos apreciados por el registrador.

Aunque la finca costa inscrita como rústica, se aporta certificado municipal que acreditar tratarse ahora de suelo urbano no consolidado industrial. Ciertamente el certificado sólo identifica la parcela catastral, la cual presenta diferencias de superficie con la finca inscrita; pero el título incorpora otros documentos de los que resulta la identidad entre la parcela catastral y la finca registral: certificado técnico y representación gráfica alternativa a la catastral coincidente con la finca inscrita.

Los motivos expuestos por el registrador para dudar de la ubicación de la edificación (encontrarse el edificio “tocando” con parcelas colindantes y con dominio público, falta de inscripción de la georreferenciación de la parcela, procedencia por segregación...) podrían justificar la exigencia de inscribir la representación gráfica de la finca registral, pero tal representación ya se incorpora en el mismo título. Lo procedente es tramitar el correspondiente procedimiento para la inscripción de la representación gráfica alternativa incorporada al título.

R. 26 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15923)

Suspende la inscripción de un acta de terminación de obra nueva situada en la Comunidad Autónoma de Asturias, por falta de aportación del Libro del Edificio.

Es doctrina consolidada la que exige el depósito registral del libro del edificio, tal y como exige el artículo 202 LH para todo tipo de edificación, ya sea vivienda o industrial, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los posteriores usuarios de la edificación. El depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima del depósito o salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuese exigible.

En el supuesto calificado resulta aplicable el artículo 2 del Decreto 41/2007 sobre Libro del Edificio en el Principado de Asturias, que declara obligatorio el Libro del Edificio para todas las obras destinadas a vivienda o residencia de carácter permanente cuyo uso principal esté comprendido en el artículo 2 LOE, sin exceptuar las viviendas unifamiliares (a diferencia de lo que ocurre con el seguro decenal).

R. 10 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17068)

En su día se inscribió la escritura de declaración de obra nueva en construcción de un edificio de viviendas, que incorporaba licencia de obras para la construcción del mismo excepto la piscina de uso colectivo. Después se inscribió la escritura de declaración de obra nueva en construcción de la piscina, que incorporaba licencia de obras para la construcción de la misma en la cual se decía que una vez terminadas las obras, debería solicitarse licencia de uso y primera ocupación.

Ahora se presenta acta de fin de obra, que incorpora licencia de primera ocupación para todos los elementos del edificio, si bien en ella se hace constar que la piscina de uso colectivo debe obtener expresa autorización de uso condicionada a un previo informe favorable de la Administración autonómica. El registrador había denegado la inscripción, exigiendo la licencia de uso mencionada en la licencia de obras de la piscina.

La Dirección admite la inscripción. Hay que distinguir tres tipos de licencia: de obra, que autoriza a construir; de primera ocupación, que sobre la base de una verificación técnica, declara la obra realizada ajustada al proyecto para el que se obtuvo licencia (y por ejemplo, permite contratar servicios y suministros); y de apertura o funcionamiento, que autoriza una determinada actividad. La licencia a que se refiere el artículo 28-1-b LS es la de primera ocupación. En el supuesto resuelto, la obra de la piscina está terminada; y por ello se concede licencia de primera ocupación, en cuya certificación técnica no existe reserva alguna en este punto. Otra cosa es que la licencia para su funcionamiento posterior precise de una serie de requisitos conforme a la legislación autonómica aplicable (autorización para disponer del recurso hídrico, socorrista, servicio de mantenimiento...); pero estos requisitos de utilización no impiden la constatación de la terminación de la obra y su posibilidad (que no “efectividad”) de uso.

OPCIÓN

R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6397)

R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6398)

Deniegan la inscripción de una escritura en la que una sociedad confiesa recibida de otra una cantidad en concepto de préstamo; y se concede a la prestamista un derecho de opción de compra sobre varias fincas de la deudora que se ejercerá únicamente en el supuesto de impago del préstamo y sus intereses por la prestataria, pactándose que el importe de la contraprestación a pagar por el optante se verá reducido en el saldo pendiente del préstamo -a modo de dación en



Resoluciones

pago-, y gastos e impuestos que se devenguen al comprador optante en dicha operación.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada sobre prohibición del pacto comisorio. Es parte del orden público de nuestro derecho de garantías la prohibición del pacto comisorio, entendido como toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento del crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía. Como emana de una norma imperativa, es aplicable a todos los negocios de garantía, y su infracción provoca la nulidad, en principio, sólo de la cláusula comisorio. El comiso prohibido es el convenido “ex ante” (cabe la dación en pago por una deuda anterior), pues la prohibición pretende asegurar la conmutatividad del contrato, protegiendo al deudor necesitado de crédito de los posibles abusos del acreedor, y evitar el perjuicio que se derivaría para el deudor de la diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de garantía. La necesidad de desactivar el pacto se pone más de relieve cuando nace junto con la obligación; y por eso tradicionalmente se ha admitido con cautelas el pacto “ex intervalo”, es decir, la introducción de la facultad comisorio en un momento posterior.

Ahora bien, la anterior doctrina general debe matizarse. Dada la ineficiencia en tiempo y costes de los sistemas de ejecución ordinarios, existe una tendencia doctrinal a admitir la apropiación por el acreedor en supuestos donde se establezca un procedimiento de valoración que excluya la situación de abuso para el deudor (“pacto marciano”). Así lo admiten, por ejemplo: 1) el Convenio de Ciudad del Cabo de 2001, relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, que permite pactar la apropiación o realización de la garantía “de una forma comercialmente razonable”; 2) el RD-Ley 5/2005, que admite la constitución de garantías sobre dinero, valores negociables y derechos de crédito, permitiendo la apropiación o disposición de la garantía para aplicar su importe al pago de la obligación, siempre que la valoración de la garantía y el cálculo de las obligaciones se efectúen de “una manera comercialmente correcta”; 3) el TS ha admitido en la ejecución de la prenda la aplicación de la compensación por parte de la entidad acreedora depositaria, toda vez que al referirse a valores dinerarios, no hay riesgo de abuso para el deudor; 4) la S TS 24 junio 2010 sienta los dos presupuestos para la prohibición del pacto comisorio: que el pacto de apropiación se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito que garantiza, y que la apropiación del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición (confirmado por la S TS 21 febrero 2017, que por tanto parece admitir el pacto comisorio en caso contrario).

Volviendo al supuesto resuelto, ciertamente la recurrente alega que la deuda es anterior a la constitución de la garantía; pero la Dirección razona que el riesgo de admitir el pacto comisorio “ex intervalo” es precisamente la posible simulación o fraude consistente en manifestar en el documento la existencia de pacto anterior cuando en realidad es coetáneo al nacimiento de la obligación y por tanto se ha producido en condiciones potencialmente abusivas para el deudor. En cuanto al supuesto carácter “ex intervalo” del pacto calificado, lo cierto es que la opción se conviene sin solución de continuidad al préstamo, siendo evidente la conexión entre ambos.

R. 11 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7353)

Admite la inscripción de una compraventa en ejercicio de opción de compra, pero deniega la cancelación de unos embargos anotados con posterioridad a la inscripción de la opción. Del precio total de venta

que en su día se pactó en la escritura de arrendamiento con opción de compra, se declara ahora descontado el importe de las cuotas arrendaticias mensuales ya pagadas, así como determinadas transferencias realizadas por los adquirentes (identificadas como medios de pago). El resto del precio, aunque en la escritura de venta se hace constar la existencia de las anotaciones de embargo, es íntegramente entregado mediante cheques a la parte vendedora, de modo que el comprador-optante no paga ni asume el pago de ninguna deuda anterior, ni hace ningún depósito o consignación a favor de los acreedores posteriores.

Es doctrina consolidada que la trascendencia real de la opción significa que, una vez ejercitada, cabe solicitar la cancelación de las cargas posteriores, pero siempre que se deposite el precio a favor de los titulares de éstas (art. 175-6 RH). El principio de consignación íntegra del precio impide pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al titular de la opción, en favor de los titulares de cargas no preferentes.

R. 3 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11639)

Suspende la inscripción de un acta notarial otorgada por dos sociedades, que se declaran respectivamente partes arrendadora y arrendataria en un contrato de arrendamiento con opción de compra suscrito en un previo documento privado, cuya simple fotocopia aportada por ellas mismas se incorpora al acta.

El primer defecto consiste en falta de titulación auténtica: no resulta la voluntad de las partes de elevar a público el contrato privado de opción; ni siquiera de protocolizarlo, ya que lo incorporado es una mera fotocopia. Por otro lado, no concurren los requisitos exigidos por el artículo 14 RH para la inscripción de la opción: no consta el convenio expreso de las partes para que se inscriba; y tampoco consta el plazo de ejercicio de la opción, sino que simplemente se dice que podrá ejercitarse cuando concluya el arrendamiento (cuyo plazo sí que se establece).

R. 27 octubre 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14745)

Considera inscribible una escritura por la que se constituye un derecho de opción de compra por precio cierto, sobre la mitad indivisa de una finca, admitiendo los dos pactos calificados negativamente por el registrador.

En el título se pacta la imputación al precio de la compraventa, no sólo de la prima o precio de la opción, sino también de aquellas cantidades que el comprador deba retener para cancelar cargas existentes sobre la finca, deudas con la comunidad de propietarios y cantidades adeudadas por impuestos pendientes de pago en el momento de formalizar la opción o que se adeuden hasta el ejercicio de la misma. Para el registrador, la opción se establece en garantía del cumplimiento de obligaciones asumidas por la parte concedente frente a la optante, lo cual constituye un pacto comisorio prohibido por los artículos 1859 y 1884 Cc. Sin embargo la Dirección aplica su doctrina que admite los pactos que permitan un equilibrio entre los intereses de acreedor y deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para la mayor satisfacción de la deuda, lo cual llevaría a la admisión del pacto comisorio que cumpla las condiciones de equilibrio, libertad y buena fe entre las partes; en definitiva, se admite el pacto por el que pueda adjudicarse al acreedor o venderse a un tercero el bien objeto de la garantía, siempre que se



establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para el deudor.

El segundo defecto se refiere al pacto por el que el optante podrá ejercitar unilateralmente la opción, estableciéndose que en este caso sería el propio optante quien determinará las cantidades deducibles del precio a entregar, mediante “un cálculo aproximado basado en la información de la que pueda disponer”. A juicio del registrador este pacto supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes en contradicción con el artículo 1256 Cc. Sin embargo, la Dirección tiene en cuenta que el Código Civil de Cataluña -aplicable al supuesto- sigue al derecho comparado más reciente en cuanto a la flexible previsión sobre la determinabilidad del precio. En el título calificado el precio está ya determinado, por lo que sólo se está cuantificando una posible variante que afectaría a eventuales cantidades a deducir en el momento de satisfacerlo. Los posibles ajustes y compensaciones a que hubiera lugar, de no mediar acuerdo entre las partes, se sustanciarían en sede judicial.

PRIORIDAD REGISTRAL

EN REGISTROS DE BIENES

R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13552)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa en ejercicio de una opción de compra inscrita, a pesar de haberse presentado con posterioridad una escritura de compraventa sobre la misma finca, otorgada con fecha anterior y a favor de persona distinta.

El artículo 17 LH consagra el principio de prioridad registral que obliga a despachar los títulos por riguroso orden de presentación.

EN REGISTROS DE PERSONAS

R. 24 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12048)

Suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de junta por los que se cesa al administrador único de una limitada y se nombra uno nuevo. El motivo de la suspensión es que consta ya presentada otra escritura de contenido incompatible, por la que se elevan a público acuerdos de otra junta anterior de la misma sociedad en la que se destituye al mismo administrador único, pero la persona designada como nuevo administrador es otra. Lo que ocurre es que hay una controversia respecto de la titularidad de las participaciones de la sociedad, de modo que en cada una de las dos juntas se consideró una diferente composición social de la entidad.

Es doctrina consolidada que el Registrador Mercantil debe tener en cuenta al calificar no sólo los documentos inicialmente presentados, sino también los compatibles con éstos, aún presentados después, con el objeto de conseguir mayor acierto en la calificación y evitar inscripciones inútiles e ineficaces. El principio de prioridad no tiene el mismo fundamento ni alcance en el Registro de la Propiedad (un registro de bienes, donde los títulos que sobre ellos recaigan, o bien son incompatibles, o bien gozan entre sí de preferencia según el momento de su presentación) que en el Registro Mercantil (un registro de personas, donde normalmente se inscriben acuerdos y decisiones del sujeto inscribible). Por ello, aunque el artículo 10 RRM formula tal principio, debe interpretarse restrictivamente, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación, donde

los principios de legalidad y legitimación tienen fuerza de Ley (Código de comercio).

En el caso resuelto, la Dirección considera fundada la decisión del registrador de rechazar la inscripción del título objeto de recurso, en tanto el título incompatible primeramente presentado se encuentre pendiente de despacho, o con asiento vigente, o se dilucide judicialmente la titularidad real de las participaciones y la validez de una u otra junta.

R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13554)

En el supuesto de esta resolución existen dos hechos opuestos referidos a la misma sociedad anónima:

-La disolución forzosa de la sociedad por la causa legal de cese en el ejercicio de la actividad que constituía el objeto social (artículo 363-1-a LSC), que se acuerda y se somete a la decisión judicial (vía impugnación del acuerdo de junta) en primer lugar, si bien accede al Registro en segundo lugar, después de casación sin que previamente se hubiese tomado anotado preventiva de la demanda.

-Y la disolución voluntaria con posterior nombramiento de liquidadores (artículo 364 LSC), aprobadas en juntas celebradas en segundo lugar, pero cuyos acuerdos acceden al Registro Mercantil en primer lugar.

El motivo de la duplicidad es que la disolución judicial por causa legal es pretendida por los administradores, sin el respaldo del accionista mayoritario, quien prefiere instar la disolución por causa voluntaria, lo que supone el nombramiento de unos liquidadores diferentes a los profesionales independientes que en estos casos nombran los jueces a su prudente arbitrio.

El registrador Mercantil deniega la inscripción de la sentencia de disolución judicial, por ser título contradictorio con la disolución voluntaria que ya consta inscrita. Sin embargo, la Dirección estima el recurso contra la calificación que había denegado la inscripción de la disolución judicial, sobre la base de su doctrina consolidada según la cual, el principio de prioridad no tiene el mismo fundamento ni alcance en el Registro de la Propiedad (un registro de bienes, donde los títulos que sobre ellos recaigan, o bien son incompatibles, o bien gozan entre sí de preferencia según el momento de su presentación) que en el Registro Mercantil (un registro de personas, donde normalmente se inscriben acuerdos y decisiones del sujeto inscribible). Por ello, aunque el artículo 10 RRM hace una formulación de tal principio -que no aparece a nivel legal-, en su aplicación debe interpretarse restrictivamente, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación, donde los principios de legalidad y legitimación tienen fuerza de Ley (Código de comercio).

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

R. 1 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8492)

El titular del Registro de la Propiedad número doce de Barcelona recurre contra la calificación del Registro once que deniega la expedición de certificación registral de cierta finca para el traslado del historial de la misma desde el segundo de los referidos Registros al primero. La Dirección confirma la calificación negativa, porque el acceso a la



Resoluciones

citada finca tiene lugar por una vía pública correspondiente a la demarcación del Registro once.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8800)

Confirma la calificación que deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de una sentencia mercantil en la que se anulan ciertos acuerdos de una sociedad anónima (cese de administrador y nombramiento de uno nuevo) y se ordena la cancelación en el Registro Mercantil de los asientos producidos como consecuencia de los acuerdos anulados. El fallo carece de trascendencia para el Registro de la Propiedad.

Ciertamente, a la sentencia se acompaña una escritura por la que determinada finca se aporta al capital social en un aumento de capital cuyas nuevas acciones son suscritas por el aportante. Pero esta escritura no puede inscribirse, porque en la actualidad la finca está reinscrita a nombre de la persona que vendió al aportante, como consecuencia del impago del precio de venta que fue aplazado y garantizado con condición resolutoria.

R. 5 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8808)

Deniega la práctica del asiento de presentación de una instancia privada cuya finalidad no es provocar asiento registral alguno; en concreto, la instancia está suscrita por el titular quien solicita del registrador que requiera a una entidad de crédito para que presente a inscripción el título de cesión a su favor de la hipoteca que grava la finca.

El artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan eficacia registral. Este precepto debe interpretarse en el sentido de que sólo procede denegar el asiento cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro, que es lo que ocurre en el caso resuelto.

R. 7 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11097)

Considera correcto que la registradora sustituta deniegue la emisión de calificación sustitutoria, por habersele presentado fuera del plazo de 15 días la solicitud de calificación sustitutoria y el testimonio íntegro del título. No cabe aplicar supletoria y mecánicamente la legislación administrativa al procedimiento registral, y en particular el principio de colaboración entre administraciones, en cuya virtud del recurrente considera suficiente la presentación en el primer Registro. Existen normas expresas que regulan cómo debe ejercitarse el derecho a instar la intervención del registrador sustituto: artículos 19 bis LH y 6-1 RD 1039/2003. Tampoco procede entender que el registrador sustituto esté obligado a requerir al interesado para que presente la solicitud de calificación sustitutoria, porque tal exigencia sería incongruente con los principios de rogación y de voluntariedad de la inscripción.

R. 26 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15919)

Deniega el asiento de presentación de un acta notarial de manifestaciones de la que resulta una obligación asumida entre los otorgantes; en concreto, la de no levantar el tejado de una casa a una cota superior a la existente, ni convertirlo en terraza pisable.

El artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan

eficacia registral. Este precepto debe interpretarse en el sentido de que sólo procede denegar el asiento cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro.

El acta calificada sólo contiene obligaciones personales carentes de trascendencia o garantía real. Las obligaciones manifestadas podrían haberse articulado mediante la constitución de un derecho real de servidumbre. Pero a efectos de inscripción, la constitución de los derechos reales no debe ser meramente manifestada, sino consentida de forma expresa; y además, debe serlo en el título auténtico adecuado para recoger declaraciones de voluntad dirigidas a la constitución de un derecho real (artículo 3 LH), que dentro de los documentos notariales, es la escritura pública y no el acta de manifestaciones (artículo 17 LN).

PROPIEDAD HORIZONTAL

R. 14 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7074)

Deniega una rectificación de descripción registral, que se pretende mediante instancia privada, en el sentido de hacer constar que el anejo que corresponde a una vivienda integrada en una propiedad horizontal, en realidad no existe, de modo que la vivienda carece de anejo alguno. Es necesario el consentimiento unánime de la junta de propietarios, en tanto se pretende una modificación del título constitutivo, o en su defecto resolución judicial.

R. 6 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7348)

Deniega una rectificación, pretendida mediante instancia privada, de la descripción registral de varios departamentos de una propiedad horizontal, pretendiéndose también la inscripción de su representación gráfica.

Es precisa la titulación pública a que se refiere el artículo 3 LH. Para modificar la descripción de elementos integrados en una propiedad horizontal hace falta el consentimiento, además de los titulares de las finca afectadas, de la junta de propietarios, por tratarse de una modificación del título constitutivo. Por otro lado, para instar la inscripción de la representación gráfica del edificio dividido horizontalmente, es preciso acuerdo de la junta de propietarios adoptado por mayoría; sin que proceda la georreferenciación de elementos independientes del edificio en régimen de propiedad horizontal.

R. 5 abril 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8792)

R. 1 junio 2020 (BOE 189, 10-VII-20: 7654)

Aplican la norma del artículo 17-12 LPH, en la redacción dada por el RD-L 7/2019, que exime del requisito general de unanimidad, reduciendo la mayoría necesaria a tres quintos de propietarios y cuotas, para el acuerdo de junta por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de viviendas (el artículo 5-e LAU se refiere a la "cesión temporal del uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada ... y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística"), con independencia de que suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos.



-La R. 1 junio 2020 admite la inscripción de la escritura por la que se eleva a público un acuerdo de junta por el que se prohíbe el uso turístico de las viviendas y locales sin acceso independiente desde la vía pública. De la certificación unida resulta que el acuerdo fue adoptado por 9 de los 25 propietarios, que representan el 29'89% de las cuotas, y fue notificado a los ausentes sin que ninguno se haya opuesto. Entre la junta y la presentación de la escritura han pasado 6 meses y en ese tiempo se ha inscrito la transmisión de uno de los departamentos del edificio a un nuevo propietario que por tanto no ha sido parte en la adopción del acuerdo. Ciertamente es doctrina consolidada la que deniega la inscripción de modificaciones del título constitutivo, por falta de consentimiento de los nuevos propietarios que, aun habiendo adquirido su derecho después del acuerdo de junta que autorizaba la modificación, lo inscribieron antes que ésta. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el actual artículo 17-12 LPH (modificado por el RD-L 7/2019) exime del requisito general de unanimidad, reduciendo la mayoría necesaria a tres quintos de propietarios y cuotas, para el acuerdo que limite o condicione el ejercicio del alquiler o explotación turística de viviendas, con independencia de que suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos. En consecuencia, habiendo ya consentido el acuerdo calificado todos los demás propietarios del edificio, es evidente que no es ya necesario el consentimiento del último adquirente.

-Por el contrario, la R. 5 abril 2020 deniega la inscripción del acuerdo adoptado por 10 de los 13 propietarios del edificio que representan el 80% de las cuotas, por el que se prohíbe que las viviendas del mismo se puedan destinar a "alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero". Es precisa la unanimidad. La reducción de mayoría introducida por el RD-L 7/2019 se refiere sólo al alquiler incluido en la normativa sectorial que regule la actividad de uso turístico de viviendas, pero no a otros usos como el mero alquiler vacacional en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística.

R. 1 junio 2020 (BOE 189, 10-VII-20: 7655)

Deniega la inscripción de una escritura de 1968 por la que se modifica la descripción de un edificio constituido en propiedad horizontal, con especial afectación para un determinado departamento: la modificación supone que cierto terreno del inmueble deje de ser elemento común y sea adscrito al local número 3 como anejo del mismo. No queda acreditado que se haya adoptado el preceptivo acuerdo de modificación del título constitutivo por unanimidad, ni consta el consentimiento expreso del titular del local afectado, teniendo en cuenta que quien debe consentir es el titular en el momento actual de presentación de la escritura.

Es doctrina consolidada la que deniega la inscripción de modificaciones del título constitutivo, por falta de consentimiento de los nuevos propietarios que, aun habiendo adquirido su derecho después del acuerdo de junta que autorizaba la modificación, lo inscribieron antes que ésta. No cabe alegar que el acuerdo de junta debatido sea un acto colectivo que no precise del consentimiento individualizado de los propietarios, porque la distinción entre actos colectivos e individualizados sólo afecta a la forma de expresión del consentimiento de los titulares: con acuerdo de junta en el primer caso, e individualmente por cada propietario en el segundo. Pero al margen de que la formulación del consentimiento sea colectiva o individualizada, deben aplicarse los principios hipotecarios (cierre registral, inoponibilidad), inspirados en

la seguridad del tráfico y en la necesidad de evitar la clandestinidad de las cargas ocultas (artículos 13, 17 y 32 LH).

R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8494)

Consta inscrita la segregación como finca independiente de una parte -desarrollada en varios niveles o plantas- de un edificio organizado de hecho en régimen de propiedad horizontal, aunque no constituido formalmente como tal. Ahora se deniega la inscripción de una escritura actual por la que el dueño de ese elemento segregado, de forma unilateral, lo subdivide horizontalmente.

Es doctrina de la Dirección que en un régimen de propiedad horizontal de hecho no es posible la segregación o división de nuevos elementos privativos sin constituir formalmente el régimen, a pesar de la preexistencia de elementos privativos segregados cuya validez se mantiene. Además, al igual que en una propiedad horizontal formalmente constituida, no basta con el consentimiento del titular afectado, sino que es necesario el consentimiento de todos los propietarios del edificio o, en su defecto, acuerdo de junta para modificar el título constitutivo; así como descripción adecuada de cada uno de los elementos independientes creados, con determinación expresa de su número de orden y cuota.

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8898)

Suspende la inscripción de un acuerdo de junta que modifica los estatutos de una propiedad horizontal en el sentido de prohibir cualquier arrendamiento que no esté amparado en la normativa municipal, autonómica o estatal. El acuerdo fue aprobado por propietarios que suponen el 56% de las cuotas y, notificado a los ausentes, se opusieron expresamente al mismo propietarios que suponen el 8%.

Fuera de los supuestos excepcionales en que la propia ley exceptúa la necesidad de unanimidad (como la mayoría de sólo tres quintos introducida por RD-Ley 7/2019 para limitar el alquiler turístico de viviendas), la modificación de estatutos es un acto colectivo de la comunidad que requiere acuerdo de junta aprobado conforme a la regla general del artículo 17-6 LPH que exige la unanimidad de propietarios y cuotas. Por modificar estatutos hay que entender cualquier alteración de los mismos, de su forma o de su contenido, incluida por tanto la que consista en una remisión a determinada normativa.

R. 15 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11913)

Consta inmatriculada desde 2008 una casa con huerto, de cuya superficie total 191 metros cuadrados corresponden a la casa y el resto al huerto. Ahora se deniega la inscripción de una escritura por la que la casa se divide horizontalmente en tres elementos: un garaje de 172 metros al que se le atribuye como anejo todo el huerto; una vivienda en planta primera de 120 metros, y una vivienda en planta segunda de la misma superficie.

El primer defecto es que la superficie construida conjunta de los tres elementos es superior a la inscrita de la casa. Es necesario que el titular registral exprese de manera clara y terminante su voluntad de inscribir la edificación con su descripción, expresando así mismo si se acoge a la vía del número 1 o a la del número 4 del artículo 28 LS (en el segundo caso podría tener relevancia el hecho de que la edificación ya existiese desde 2008).



Resoluciones

En cuanto al segundo defecto, es necesaria licencia para la división horizontal. El artículo 53 RD 1093/1997 establece que no podrán constituirse como elementos independientes más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, la cual se refirió a una edificación de una sola vivienda, por lo que existe un aumento. Por otro lado, la legislación sustantiva autonómica aplicable exige licencia para las actuaciones que modifiquen la disposición interior del edificio o supongan una mayor intensidad del uso del suelo (artículo 190-2 d) y n) Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra).

El último defecto de la calificación se desestima. El hecho de que todo el resto del suelo deje de ser elemento común para ser anejo del garaje, no constituye parcelación y por tanto no exige licencia. No hay fraccionamiento del suelo. Casos diferentes hubiesen sido que el suelo se hubiese fraccionado en varias porciones asignadas como anejos a distintos departamentos, o que el suelo mismo se hubiese configurado como un elemento privativo independiente más.

R. 24 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12044)

Consta inscrito un complejo inmobiliario compuesto por tres edificios; y consta haber sido diligenciado el libro de actas del complejo. Aunque el título constitutivo hace constar la existencia de los tres edificios, no están inscrita la configuración de los mismos como subcomunidades. Ahora se pretende diligenciar tres libros de actas correspondientes respectivamente a cada uno de los edificios. La registradora lo deniega por no acompañarse inutilizado el libro de actas anterior, haberse comunicado su pérdida o destrucción, o haberse denunciado su sustracción (artículo 415 RH).

Sin embargo, la Dirección entiende que lo exigido por la registradora sería lo procedente en el caso de que lo solicitado fuese el diligenciado del libro de actas de la mancomunidad, pero lo que se solicita es diligenciar los libros de actas de las tres subcomunidades que no tenían diligenciado libro propio hasta ahora. Frente a la posición inicialmente sostenida por la Dirección respecto de la posibilidad de diligenciar libros de subcomunidades, la doctrina actual es menos rigorista: no se exige la previa inscripción registral de la subcomunidad, sino que basta que del título constitutivo inscrito de toda la mancomunidad resulte la existencia de diversos edificios o escaleras con cierto grado de autonomía.

En consecuencia, se admite el diligenciado de los tres libros presentados, si bien en la diligencia de legalización de cada uno habrá que expresar que por no resultar inscrita la subcomunidad, el diligenciado de su libro no se consigna por nota al margen de su inscripción. Y en cualquier caso, el diligenciado del libro no prejuzga la calificación sobre los requisitos de constitución de la subcomunidad en el caso de que se pretendiera su inscripción.

R. 16 octubre 2020 (BOE 288, 31-X-20: 13328)

Admite la inscripción del acuerdo adoptado por propietarios asistentes a la junta que representan el 33% de las cuotas, pero con notificación sin oposición a los demás propietarios no asistentes en los términos del artículo 17-8 LPH, por el cual se prohíbe destinar las viviendas no sólo al alquiler turístico, sino también "a cualquier modalidad de alquiler que suponga un continuo y excesivo tránsito y estancia de personas ajenas a la comunidad".

El artículo 17-12 LPH, en la redacción dada por el RD-L 7/2019 exime del requisito general de unanimidad, reduciendo la mayoría necesaria a tres quintos de propietarios y cuotas, para el acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de viviendas (el artículo 5-e LAU se refiere a la "cesión temporal del uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada ... y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística"), con independencia de que suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos.

Ciertamente la cláusula excede del ámbito de excepción a la unanimidad establecido por la nueva norma; sin embargo, calificado ha sido adoptado por unanimidad de todos los propietarios del edificio, si bien haya sido presunta respecto de una parte de los mismos.

R. 23 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13759)

Deniega la inscripción de una escritura de 2004 (posteriormente rectificada para subsanar defectos apreciados en una inicial calificación negativa) que eleva a público el acuerdo por el que la sociedad titular de un elemento de la propiedad horizontal y la sociedad promotora -entonces dueña de todos los demás departamentos- acuerdan modificar el título constitutivo en el sentido de que el suelo no edificado de la urbanización pasará a ser anejo privativo del departamento reseñado en primer lugar. Toda alteración de los elementos comunes (y el suelo no configurado como elemento privativo lo es común) es materia de competencia de la comunidad, en cuanto altera el título constitutivo y los estatutos y exige unanimidad de todos los propietarios. Ahora bien, los propietarios que deben consentir no son los que integraban la comunidad en el 2004, sino son los que constan en el Registro al tiempo de la presentación actual del título calificado.

Es doctrina consolidada que la distinción entre actos colectivos e individualizados sólo afecta a la forma de expresión del consentimiento de los titulares: con acuerdo de junta en el primer caso, e individualmente por cada propietario en el segundo. Pero al margen de que la formulación del consentimiento sea colectiva (como en el caso resuelto) o individualizada, deben aplicarse los principios hipotecarios (cierre registral, inoponibilidad), inspirados en la seguridad del tráfico y en la necesidad de evitar la clandestinidad de las cargas ocultas (artículos 13, 17 y 32 LH). La modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal afecta a todos los copropietarios del inmueble (artículo 5 LPH), por lo que su falta de inscripción representa una carga oculta.

R. 15 junio 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14742)

Admite la inscripción de una escritura por la que, de una vivienda perteneciente proindiviso a dos titulares: se segrega un departamento, que pasa a ser vivienda independiente, subsistiendo el resto como otra vivienda; y se segrega también un vestíbulo, que se configura como elemento privativo y se vincula "ob rem" a ambas viviendas por mitad. El registrador deniega la inscripción por entender que se incumple la exigencia legal de que los departamentos de la propiedad horizontal tengan salida propia a un elemento común o a la vía pública; y exige la creación de un complejo inmobiliario o subcomunidad horizontal.

Sin embargo, la Dirección entiende que la exigencia de que cada departamento tenga salida a elemento común o vía pública, puede



cumplirse a través de una servidumbre y también de una vinculación “ob rem” sobre elemento privativo, la cual conecta inescindiblemente a las fincas vinculadas mediante una relación de servicio análoga, si no más estrecha, que una servidumbre. Por otro lado, en nuestro Derecho se sigue el sistema de “numerus apertus” en la creación de derechos reales (expresamente reconocido respecto de las servidumbres en el artículo 594 Cc), con tal de que las nuevas figuras creadas respeten las características esenciales del derecho real, entre las que está la eficacia “erga omnes”, exigencia que cumple la vinculación “ob rem” creada en el título. Por último, del artículo 2-d LPH resulta el concepto de subcomunidad, pero no la obligatoriedad de su constitución. La solución arbitrada en la operación calificada facilita la división de viviendas de grandes dimensiones, lo cual puede ser útil para afrontar los problemas de la carestía y escasez de viviendas.

R. 5 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14909)

Admite la inscripción del acuerdo adoptado por todos los propietarios asistentes a la junta, salvo uno que vota en contra, con notificación sin oposición a los demás propietarios ausentes en los términos del artículo 17-8 LPH, por el cual se prohíbe destinar los departamentos “a hospedería, alquiler vacacional, apartamento turístico o vivienda de uso turístico que suponga la explotación de la vivienda como uso hotelero”.

La Dirección recuerda su doctrina sobre el artículo 17-12 LPH, en la redacción dada por el RD-L 7/2019, que exime del requisito general de unanimidad, reduciendo la mayoría necesaria a tres quintos de propietarios y cuotas, para el acuerdo de junta por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de viviendas (el artículo 5-e LAU se refiere a la “cesión temporal del uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada ... y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística”), con independencia de que suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos.

En este caso, la calificación negativa no cuestionaba que la cláusula debatida exceda del ámbito de excepción a la unanimidad establecido por el actual apartado 12 del artículo 17 (introducido por el RD-L 7/2019), sino que lo afirmado por el registrador es que dicha norma permisiva se aplica a los acuerdos que limiten o condicionen el uso referido, pero no a los que lo prohíben de manera absoluta, como ocurre con la cláusula debatida. Sin embargo, la Dirección entiende que poner límites a algo incluye prohibirlo.

R. 12 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14914)

Suspende la inscripción de un acuerdo de junta de propietarios de un complejo inmobiliario, por el que se modifican los estatutos de la comunidad, justificando la modificación en que los estatutos hasta ahora vigentes, ni se ajustaban en varios extremos a la LPH, ni vinculaban a los propietarios que adquirieron su propiedad antes de la inscripción de los estatutos que ahora se quieren modificar. El acuerdo es adoptado por la mayoría de propietarios y cuotas, pero también votan en contra otros propietarios.

La Dirección confirma la calificación registral que, para la modificación de los estatutos, exige la unanimidad de propietarios y cuotas (artículo 17-6 LPH). En concreto y por la misma razón, tampoco es ad-

misible la nueva regla estatutaria que permite la modificación de los estatutos con el voto favorable de más de las tres cuartas partes de los votos totales de la comunidad. Es cierto que en la regulación de la propiedad horizontal predominan los intereses comunitarios sobre el individual; pero esta característica no llega a justificar que se imponga la regla de las mayorías propia de las sociedades mercantiles. También es cierto que la exigencia de unanimidad puede dar lugar a abusos de derecho por parte de los disidentes, pero tal situación deberá remediarse en juicio, ya sea el de equidad del artículo 17-7-3, ya sea el declarativo ordinario (S TS 10 octubre 2013). Nada obsta tampoco el que se trate de un complejo inmobiliario, porque el artículo 24 LPH extiende a esta figura el régimen de la propiedad horizontal.

R. 12 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14919)

Suspende la legalización del cuarto libro de actas de una comunidad de propietarios. Con fecha del año anterior consta extendida nota marginal acreditativa de la legalización del tercer libro de actas. Ahora se está pretendiendo legalizar el cuarto pero sin presentar el tercero, alegando para ello la regla del artículo 415 RH, que permite la legalización de un libro nuevo sin que se aporte el anterior cuando se acredite la denuncia de la sustracción de éste.

De la documentación presentada se deduce la controversia entre dos juntas directivas de la misma comunidad, cada una de las cuales se arroga la representación de ésta y la legitimidad de los acuerdos adoptados en las juntas convocadas por cada una de ellas. Una de las juntas directivas se niega a devolver el libro de actas anterior, ante lo cual la nueva junta lo considera sustraído y pretende legalizar un libro nuevo. Sin embargo, para la Dirección por sustracción hay que entender hurto o robo. Estas discrepancias deben resolverse mediante acuerdo de los interesados y en su defecto, mediante resolución judicial.

R. 26 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15918)

Consta inscrita bajo un solo número registral una finca, que se describe con su superficie total y como integrada por cinco “partes de casa” señaladas con las letras de la A a la F, pero sin constancia de su superficie individualizada, que se describen como departamentos físicamente independientes con varios elementos comunes, tales como el corral o el patio comunes. Ahora se deniega la inscripción de una escritura de donación que tiene por objeto una casa, que se identifica como la parte C, con patio y corral comunes, en la que se hace constar la superficie de la misma y la voluntad de los otorgantes en que se inscriba dicha superficie, acreditada mediante certificación catastral descriptiva y gráfica de dicha parte y certificados técnicos.

Para la Dirección, la naturaleza jurídica de la situación existente es la de una propiedad horizontal de hecho, es decir, sin que ese haya otorgado el título constitutivo de la misma. Para poder inscribir la superficie de la parte de casa C, debe exigirse, además del cumplimiento de todas exigencias impuestas por la legislación urbanística e hipotecaria, el consentimiento de los titulares de las demás partes de casa, es decir, de los demás elementos privativos de la propiedad horizontal de hecho (artículo 5 LPH). No existiría obstáculo a inscribir la transmisión de la cuota y su asignación a una “parte de casa”, tal y como ha sucedido hasta ahora.

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16477)

Suspende la inscripción de una escritura de segregación y división horizontal. Tras formalizar la segregación, se pretende la inmatriculación no sólo de la finca segregada sino también de la finca resto, respecto de la cual el título se limita a decir que ha quedado dividida en dos porciones. No basta esta mera manifestación, sino que las partes deben otorgar el correspondiente acto de división o segregación, lo cual exige escritura pública, liquidación del impuesto devengado y -sobre todo- cumplimiento de los requisitos urbanísticos, ya que la declaración de innecesariedad de licencia incorporada al título se refiere a la segregación inicial en dos porciones, pero no a la constitución de una tercera finca por fraccionamiento del resto. Además, respecto de una de las dos partes en que se divide el resto, los metros de suelo y construidos que refleja la certificación catastral no son absolutamente coincidentes con los del título, infringiendo por tanto el artículo 205 LH.

En cuanto a la división horizontal que se constituye sobre una de las porciones de finca, la descripción de elementos privativos y comunes no está realizada con la suficiente claridad. La total superficie construida en planta primera es superior a la suma de superficies de las fincas de dicha planta resultantes de la división horizontal. No se precisa si los metros excedentes son privativos o comunes, si bien la superficie construida no ocupada por elementos privativos debe entenderse siempre subsidiariamente como elemento común; y ciertamente los elementos comunes no requieren descripción individualizada o específica. Por otro lado, no cabe la atribución a los elementos privativos de metros de los elementos comunes en los que participen (R. 7 julio 2014), por lo que registralmente no es admisible que la superficie de un elemento privativo se exprese mediante el dato de su superficie "con inclusión de elementos comunes", lo cual constituye conceptualmente un contrasentido.

PUBLICIDAD REGISTRAL

R. 3 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8504)

Deniega la expedición de información registral indicando el domicilio del titular registral. Se trata de un dato personal carente de trascendencia jurídico-patrimonial y por tanto, de protección tabular, que es ajeno a la finalidad propia de la institución registral y de la publicidad que la misma ofrece, sin que se haya justificado interés legítimo al efecto por el solicitante.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8804)

Suspende la expedición de una certificación del completo contenido de tres asientos de presentación referidos a dos fincas registrales.

La posibilidad de solicitar certificaciones de asientos de presentación está expresamente admitida en el artículo 231 LH; pero también en este caso hay que justificar el interés legítimo a satisfacción del registrador. La recurrente manifiesta ser hija de la titular ya fallecida; pero la información solicitada sólo podrá expedirse si se acredita el fallecimiento de la titular y la condición de la solicitante como hija suya.

R. 5 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14912)

R. 5 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14913)

Deniegan la expedición de notas simples referidas a todas las fincas pertenecientes a varias sociedades mercantiles (y en el caso de la R. de

número 14912, también de las referidas a todas las fincas de dos personas físicas de las cuales no resulta su relación con la recurrente). Se alega como interés legítimo de la solicitante el de interponer acciones judiciales, ya que manifiesta hallarse inmersa en un procedimiento de disolución de gananciales.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. El interés que da derecho a acceder al Registro, debe ser directo, conocido y legítimo. Debe probarse a satisfacción del registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Además, los datos sensibles de carácter personal o patrimonial sólo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, que son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que sólo podrán ser objeto de publicidad según las normas sobre protección de datos. Así, es el Registrador quien debe calificar, no sólo si procede o no expedir la información, sino también qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella, salvo que la solicitud procediera de un juez, en cuyo caso correspondería a éste valorar el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos.

En el supuesto resuelto, al tiempo de esta indiscriminada solicitud de publicidad, la solicitante no ha justificado adecuadamente al registrador el interés legítimo alegado. Ya en fase de recurso sí que acredita estar en trámites de divorcio, y que en el inventario de la disolución de gananciales se incluyen algunas de las sociedades respecto de las que se solicita información. Pero esto ya no puede tenerse en cuenta en el recurso (sin perjuicio de la posibilidad de formular una nueva solicitud).

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16482)

Deniega la expedición de certificación que recoja todo el historial registral de determinadas fincas registrales, incluyendo también: los asientos ya no vigentes; y la identificación exacta de las personas que hayan obtenido información registral de las mismas durante toda su vida registral, así como el interés legítimo alegado. El solicitante funda su interés legítimo en un procedimiento judicial de declaración de herederos abintestato.

La Dirección confirma la denegación de información solicitada, por entender que no hay interés directo, primero en cuanto a las fincas que nunca han estado inscritas a nombre del causante (denegación que por cierto sirve en sí misma para satisfacer el interés legítimo del solicitante de conocer si tales fincas estaban dentro del patrimonio hereditario); y también en cuanto a la información sobre cargas, ya que la finalidad de la solicitud se limita a la declaración de herederos abintestato del titular. Ningún inconveniente habrá para emitir una información completa más tarde, cuando el solicitante acredite judicial o notarialmente su condición de heredero, es decir cuando sea titular registral.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

R. 28 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7197)

Deniega la práctica de asiento de presentación de una instancia privada aportada por quien dice representar a los titulares registrales de una finca, solicitando que se rectifiquen una serie de inscripciones de hipoteca cuya titular es una entidad de crédito, para que se haga constar como tal a otra entidad diferente.



No se trata de un documento público (artículo 3 LH), ni es una de las excepciones del artículo 420 RH a la prohibición general de practicar asiento de presentación de los documentos privados, salvo los supuestos en que las normas les atribuyan eficacia registral. Por otro lado, los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales y su modificación exige consentimiento de su titular o resolución judicial (artículo 40-d LH).

R. 12 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7358)

Suspende la práctica de un asiento de rectificación pretendida en virtud de escrito del Ayuntamiento en el que se hace constar que en su día hubo un error padecido al inscribir una finca resultan de reparcelación, en tanto que el gravamen urbanístico según cuenta de liquidación provisional asciende realmente a 39.823 € en lugar de los 39'83 € que constan erróneamente en la inscripción. Aunque el Ayuntamiento recurrente sostiene que se trata de un error material rectificable por el registrador, la Dirección entiende preciso el consentimiento del titular de una hipoteca posterior (SAREB).

Es doctrina reiterada que el error material o de concepto en la redacción del asiento se produce cuando, al expresar en la inscripción el contenido del título, se altera el significado de éste. Existen dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: o bien acuerdo unánime de los interesados y el registrador, o en su defecto resolución judicial; o bien actuación de oficio por el registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal baste para darlo a conocer (artículos 217 LH y 327 RH).

R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8502)

Deniega la rectificación de una reparcelación ya inscrita, mediante la cual el Ayuntamiento pretende la cancelación de una hipoteca que se arrastró a una de las fincas de resultado. El Ayuntamiento recurrente alega que en su día se hipotecó una finca, que de ella fue segregada después otra, que es la que debió entenderse gravada tras la segregación y que fue aportada a la reparcelación, de modo que el arrastre de la hipoteca por subrogación real procede sólo respecto de la finca de resultado correspondiente a la finca aportada (la entonces segregada), pero no respecto de la correspondiente al resto de finca matriz, la cual está destinada a bien demanial para equipamiento sanitario, por lo que el arrastre de la hipoteca sobre la misma es incompatible con el planeamiento.

El recurrente entiende que estamos ante un supuesto de error al practicar el asiento (letra c del artículo 40-1 LH), rectificable sin intervención de los titulares mediante certificación municipal. Sin embargo, entiende la Dirección que se trata de un error por defecto del título que motivó la inscripción (letra d del artículo 40-1 LH), ya que ni se declaró incompatible expresamente la hipoteca de las fincas aportadas, ni se concretó o distribuyó la responsabilidad hipotecaria de la finca de origen entre las de resultado; y sin que procediera tampoco la aplicación del artículo 15 RD 1093/1997 al no haberse prorrogado la preceptiva nota marginal de iniciación del procedimiento. En consecuencia, la rectificación pretendida exigirá, como lo hubiera exigido la concreción de la responsabilidad hipotecaria en el proyecto de equidistribución, el consentimiento de los titulares registrales afectados (es decir, los del dominio y de la hipoteca) o en su defecto, resolución judicial.

R. 8 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12828)

Se pretende la rectificación del error padecido en su día al realizar la inscripción de servidumbre. En la inscripción se intercambiaron el predio dominante por el sirviente; y el error resulta del propio título presentado y de los asientos practicados. El recurrente considera que la rectificación puede hacerla por sí solo el registrador, quien sin embargo deniega la rectificación por no concurrir el consentimiento de los titulares de la finca que debe pasar a figurar como predio sirviente, los cuales se oponen por entender que la servidumbre carece hoy de utilidad.

La Dirección deniega la rectificación. Con independencia de que estemos ante un error material o de concepto, lo cierto es que la rectificación del Registro no puede perjudicar los derechos adquiridos por tercero de buena fe a título oneroso durante la vigencia del asiento que se considere inexacto (artículo 40 LH, último párrafo).

RECURSO CONTRA CALIFICACIÓN

R. 24 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6387)

Deniega la cancelación de una inscripción de hipoteca, que se pretende en virtud de mera instancia sobre la base de ciertos argumentos expuestos por el solicitante.

Es doctrina reiterada que el recuso sólo procede contra calificaciones negativas, pero una vez practicado el asiento, se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su rectificación o cancelación sólo será posible con la conformidad de los titulares de derechos inscritos, o mediante sentencia dictada en procedimiento donde hayan sido demandados todos ellos.

R. 19 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7079)

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8907)

Desestiman la petición de hacer constar en el Registro la nulidad de una inscripción ya practicada. Es doctrina consolidada que el recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su rectificación sólo será posible con la conformidad de los titulares de derechos inscritos, o mediante sentencia dictada en procedimiento donde hayan sido demandados todos ellos.

R. 27 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7192)

R. 5 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7204)

Deniega la práctica del asiento de presentación de una escritura que ya fue presentada y calificada negativamente, dando lugar a resolución gubernativa que desestimó el recurso. La nueva presentación del título se realiza sin haber subsanado el defecto apreciado en la calificación inicial.

La facultad de nueva presentación concedida por el artículo 108 RH puede amparar un abuso del derecho incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica, por ello debe denegarse la práctica de nuevo asiento de presentación cuando la cuestión haya sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de recurso ante



Resoluciones

la Dirección, o de impugnación directa ante los tribunales, pues en ambos casos la resolución que recaiga será definitiva.

R. 30 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12236)

Desestima el recurso contra la calificación positiva en cuya virtud se practicó la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia y legado, entendiendo el recurrente que en dicha inscripción se padeció un error de concepto cuya rectificación se solicita.

Además de que la rectificación de los errores de concepto exige, no sólo el acuerdo de todos los interesados, sino también el de la registradora (artículo 217-1 LH), que en este caso no concurre, es doctrina reiterada que el recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la legalidad del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 22 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13751)

R. 12 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14915)

Aplican la doctrina constante de la Dirección: una vez practicado el asiento, el recurso contra calificación registral ya no es medio hábil para cuestionar la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su rectificación sólo será posible con la conformidad de los titulares de derechos inscritos, o mediante sentencia dictada en procedimiento donde hayan sido demandados todos ellos.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 22 octubre se refiere a un supuesto en el que constan inscritas: la transmisión de una finca bajo condición resolutoria; así como la reinscripción a favor de la parte cedente por incumplimiento de la condición. Ahora la parte cesionaria presenta una instancia privada por la que solicita que se reinscriba la finca a su favor, como consecuencia de su oposición a la resolución, aportando también un acta por la que notifica a la parte cedente dicha oposición. La Dirección confirma la calificación negativa y desestima el recurso contra ella.

-La R. 12 noviembre desestima el recurso contra la calificación que había denegado la anulación de una inmatriculación ya practicada.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

R. 23 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6385)

Suspende la inscripción de la adquisición de un inmueble derivada de la disolución de un matrimonio por divorcio de mutuo acuerdo en procedimiento judicial. El título presentado es una mera instancia junto con una fotocopia tanto de la sentencia como del convenio regulador aprobado en la misma. Tratándose de documentos judiciales, el artículo 3 LH exige que el documento presentado sea la ejecutoria, mandamiento o testimonio extendido por quien se halle facultado para ello con las formas y solemnidades previstas en las leyes.

R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6399)

Deniega la inscripción de un convenio regulador de divorcio en cuanto constituye un usufructo vitalicio y un derecho de uso sobre vivienda que no es la familiar y plaza de aparcamiento, establecidos por un cónyuge a favor de la hija discapacitada y en caso de premoriencia

de ésta, a favor de la esposa. Es preciso el otorgamiento de escritura, al excederse del contenido típico del convenio regulador.

En cuanto a la constitución de un derecho de usufructo, en general podría formar parte del contenido típico del convenio si recayese sobre la vivienda familiar (letra c del artículo 90 Cc), o si se estableciese como forma de satisfacer alimentos a la hija (letra d). Pero ninguna de estas circunstancias concurren en el supuesto.

Y en cuanto a la constitución de un derecho de uso a favor de la esposa, además de recaer sobre vivienda que no es la habitual, se establece como contraprestación a unas obras de mejora y acondicionamiento de la vivienda que va a realizar la esposa a su costa.

R. 13 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6674)

Suspende la inscripción de una compra realizada como privativa por un cónyuge casado en separación de bienes pactada, por falta de acreditación de la previa inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil.

El artículo 266 RRC exige, como requisito de inscripción en cualquier otro Registro, la previa inscripción en el Registro Civil de cualquier hecho que afecte al régimen económico matrimonial, la cual se acreditará mediante certificación, libro de familia o nota al pie del documento.

R. 7 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6792)

En 1987 y mediante documento privado una vivienda fue comprada por un adquirente casado en gananciales, quien declaró que la compra era privativa suya por serlo también el dinero usado en ella. Mediante escritura otorgada en 2000 la esposa confesó la privatividad de la adquisición, si bien tal carácter no fue acreditado. El esposo adquirente falleció bajo testamento en el que nombraba herederos a sus tres hijos y mejoraba a uno de ellos -una hija- con la vivienda comprada en documento privado. En escritura de entrega de legado otorgada por los tres herederos en 2019 se adjudica la vivienda a la hija mejorada, la cual otorga después -sin intervención de sus hermanos- escritura de elevación a público del documento privado de venta, que es el título cuya inscripción se debate en este recurso.

La Dirección rechaza la inscripción directa a nombre de la hija y legataria. Es preciso inscribir primero la finca a nombre del causante por título de compra; y luego a nombre de la hija por título de herencia, con independencia de que se haga en una inscripción (tracto abreviado) o en dos. Cabe la posibilidad de inscribir la compra a nombre del causante con carácter privativo por confesión; pero para inscribir a nombre de la adjudicataria por título de herencia deben intervenir los herederos forzosos o acreditar que no los hay.

R. 19 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7083)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa en la cual la compradora afirma adquirir con carácter privativo y acredita haberse admitido a trámite la demanda de divorcio de su matrimonio que se ha venido rigiendo por la sociedad de gananciales.

La Dirección confirma la calificación según la cual no es posible adquirir el bien como privativo ya que la disolución de la sociedad de gananciales se produce desde la fecha de la sentencia firme de divorcio (artículo 1391-1 Cc) y su inscripción en el Registro Civil (artículo 266 RRC), sin que le mero hecho de admitirse la demanda a trámite



sea suficiente para inscribiré como privativo. Por otro lado, habiendo caducado un primer asiento de presentación del título calificado, al tiempo de volver a presentarse ha ganado prioridad registral una anotación preventiva de prohibición de disponer ordenada por la Agencia Tributaria.

R. 26 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7190)

Desestima el recurso contra la calificación positiva que había accedido a inscribir una compra por el esposo con confesión de la esposa de ser privativo del adquirente el dinero utilizado en la adquisición. La inscripción se hace como bien privativo por confesión, mientras que el recurrente entiende que debería inscribirse por la vía del artículo 95-2 (privatividad acreditada por prueba documental pública).

Se desestima el recurso porque el mismo sólo procede contra calificaciones negativas, pero no frente a las positivas, que producen asientos ya practicados y por tanto, bajo la salvaguardia de los tribunales.

No obstante, la Dirección entiende que la pretensión de fondo del recurrente debería en todo caso desestimarse sobre la base de la doctrina consolidada sobre interpretación del 95-2 RH, que exige prueba documental pública para acreditar el carácter privativo del precio de una adquisición. Dado el carácter fungible del dinero, la privatividad de éste es de muy difícil prueba: hay que acreditar indubitadamente -y no por mera manifestación- que el dinero invertido es justo el mismo, para lo cual su rastro ha de gozar de una acreditación documental plena, ya que en el procedimiento registral no cabe la admitir otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción.

R. 4 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7198)

Tienen lugar por este orden: el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por dos cónyuges pactando la separación de bienes; el otorgamiento por ambos de escritura de liquidación de sociedad conyugal con adjudicación al marido de la vivienda habitual; la declaración del divorcio mediante sentencia; la presentación de la escritura de liquidación conyugal en el Registro de la Propiedad, cuya inscripción se suspende por falta de previa inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil; y por último, sin inscribir las capitulaciones porque ya consta inscrito el divorcio, se vuelve a presentar la escritura de liquidación junto con una nueva escritura de ratificación y reiteración de consentimiento por ambos excónyuges. La registradora deniega la inscripción señalando que la causa de la liquidación de la sociedad de gananciales ya no pueden ser las capitulaciones matrimoniales, sino que la causa de la liquidación será el divorcio, por lo que habrá que otorgar otro título de liquidación de sociedad de gananciales por el divorcio.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción. Ciertamente la calificación se extiende a la exigencia de causa lícita y suficiente para todo negocio jurídico. Pero en este supuesto, ya sea la liquidación consecuencia de los capítulos o del divorcio, lo cierto es que la causa de la adjudicación de finca es la liquidación de la sociedad conyugal, negocio oneroso, otorgado por todos los interesados y titulares registrales, y que consta de forma clara en el título.

R. 5 marzo 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7203)

En una escritura de manifestación de herencia aceptada pura y simplemente por persona casada de vecindad común, no es preciso hacer

constar el nombre del cónyuge del heredero, porque el acto o contrato no afecta a las consecuencias patrimoniales del su matrimonio actual (art. 159 RN y en términos parecidos art. 51-9-a RH). La expresión del nombre del cónyuge del adquirente y el régimen económico de su matrimonio sólo es preceptiva cuando concurra el cónyuge en la aceptación, de acuerdo con el artículo 995 Cc, al referirse -a contrario- a la eventual responsabilidad del patrimonio conyugal en la hipótesis de aceptación sin beneficio de inventario si concurre el cónyuge a la aceptación.

R. 6 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7342)

Deniega la inscripción de una escritura mediante la cual un cónyuge casado en separación de bienes dona a sus padres una vivienda de su exclusiva propiedad, expresando que la misma no se destina "a domicilio habitual".

Debe añadirse expresamente que no es domicilio "familiar". La exigencia del artículo 1320 Cc y su finalidad protectora de la vivienda familiar no queda inequívocamente asegurada, ya que puede no coincidir el domicilio habitual del disponente con la vivienda habitual de la familia.

R. 6 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7347)

Admite la inscripción de un testimonio de sentencia firme que declara la separación de los cónyuges, pero sin liquidar la sociedad de gananciales.

Es doctrina reiterada que, disuelta la sociedad de gananciales pero todavía no liquidada, surge una comunidad "postganancial", cuyo régimen no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de un conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria en la que cada conunero ostenta una cuota abstracta sobre el todo, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes. Efectivamente, la simple disolución sin liquidación no supone mutación jurídico-real, pero la mera admisión a trámite de la demanda de separación o divorcio, y con mayor razón la sentencia firme que las declare, producen efectos susceptibles de causar inscripción en el Registro de la Propiedad: se altera el régimen de administración y disposición de los bienes, así como el régimen de cargas y responsabilidad por deudas; se puede solicitar al Juzgado la administración conjunta, individual o de un tercero; admitida a trámite la demanda, quedan revocados los consentimiento o poderes entre los cónyuges (artículo 102 Cc). En consecuencia, cabe la inscripción de la sentencia.

El número de sentencia no es uno de los requisitos exigidos por los artículos 208 y 209 LEC para la inscripción registral de sentencias. Por último, tampoco es obstáculo el hecho de que la inscripción haya sido solicitada en nombre del interesado por un abogado que aporta mera fotocopia de un poder a pleitos, ya que de los artículos 6 LH y 39 RH resulta que la representación se presume en el mero presentante de un documento a los efectos de su inscripción (aunque no a efectos de recurso).

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8797)

Dos cónyuges cuyo matrimonio se regía por el Fuero del Baylío tuvieron como única descendencia tres hijos comunes. Fallece primero el esposo, cuya herencia está siendo todavía objeto de procedimiento judicial de división a instancias de la hija, siendo demandados los otros dos hijos. Después fallece la viuda, en cuyo último testamento había



Resoluciones

desheredado por maltrato a su hija, había designado herederos a sus otros dos hijos y había nombrado albacea contador-partidor. Ahora se deniega la inscripción de la herencia de la causante, otorgada por los dos hijos y herederos y por el albacea contador-partidor.

La Dirección recapitula doctrina. El del Fuero del Baylío es un régimen económico conyugal consuetudinario, que constituye una verdadera comunidad universal de bienes "post mortem"; es decir, que sólo produce efectos a la extinción del matrimonio: si bien en vida de ambos cónyuges cada uno puede disponer libremente de sus bienes privativos (S AP Badajoz 3 abril 2002); fallecido uno de ellos, se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que perteneciesen a cualquiera de ellos (S TS 8 febrero 1892).

Así, en el supuesto resuelto para inscribir la herencia de la viuda, es necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal. En la escritura calificada no se justifica quiénes son los herederos del cónyuge pre-muerto. Procede confirmar la calificación negativa.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8805)

Admite la inscripción de un testimonio de decreto judicial por el que se aprueba un convenio regulador de divorcio de mutuo acuerdo. El convenio aprobado se remite a un anterior acuerdo de liquidación del régimen económico matrimonial, que se incorpora y forma parte del convenio. El registrador había denegado la inscripción por entender que el principio de titulación pública del artículo 3 LH exigiría la expresa aprobación judicial del acuerdo de liquidación al que se remite el convenio aprobado, pero la Dirección la considera incluida en la aprobación de éste, del cual forma parte.

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8889)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa en la que dos cónyuges alemanes adquieren con arreglo a su régimen matrimonial (artículo 92 RH) y declaran estar sujetos al régimen legal de su país. Habiendo afirmado el registrador que el régimen legal alemán es el de participación en las ganancias (artículos 1363 y siguientes BGB), debe manifestarse la proporción en que adquieren los compradores (artículo 54 RH).

El artículo 92 RH no tiene un carácter preferente al conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera. Ciertamente el régimen legal alemán podría no ser el de participación, por razón de la fecha del matrimonio, o por mediar pacto de mantenimiento del régimen de comunidad del Código de Familia de la antigua RDA (en caso de procedencia de alguno de los nuevos "landers" incorporados tras la integración alemana). Pero tales circunstancias deberían haber sido acreditadas en la escritura, del mismo modo que habría que acreditar el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen legal.

R. 11 junio 2020 (BOE 21821 18-XII-07)

Se refiere a un supuesto relativo a dos cónyuges casados en gananciales. Primero falleció el esposo, quien había instituido heredera a su esposa. Después la viuda falleció sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su marido, derecho que pasó a sus propios herederos designados en un testamento donde toda la herencia se distribuía en legados y se nombraba albacea contador-partidor. Ahora la Dirección entiende que no resulta exigible la liquidación de la sociedad conyugal de los titulares para inscribir la entrega de los legados realizada por

el albacea de la esposa a favor de los legatarios de la misma. Es doctrina consolidada la que declara no ser necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal de los titulares registrales para inscribir a favor del nuevo titular cuando concurren "varios títulos adquisitivos a favor del mismo sujeto, todos ellos determinantes de titularidades idénticas en su modo de ser y coincidentes en el objeto".

Por otro lado, se admite la división horizontal de un edificio del caudal relicto realizada por el albacea, quien está facultado para realizar las modificaciones hipotecarias que resulten necesarias para la ejecución de la voluntad del causante.

Sin embargo, la inscripción se desestima por otros defectos. No queda acreditada la correspondencia del edificio con la certificación catastral aportada, como requisito para la declaración de obra según el artículo 28-4 LS. Por otro lado, se aporta también un acta de subsanación autorizada unilateralmente por el notario en la vía del artículo 153 RN, por la que se pretende dejar sin efecto un exceso de cabida declarado en la escritura, lo cual no es admisible porque el mencionado artículo, que debe ser interpretada restrictivamente, sólo permite rectificar errores materiales, pero no realizar modificaciones que exigen un nuevo consentimiento negocial.

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8908)

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8911)

Admite la inscripción de una escritura mediante la cual compra una persona casada en régimen de gananciales, compareciendo también su esposa para hacer constar que, haciendo uso de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad (artículos 1255 y 1355 Cc) sobre el principio de subrogación real en materia de sociedad de gananciales, consienten en la adquisición de la finca con el carácter de privativa del marido y solicitan la inscripción a nombre del mismo por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión. También manifiestan, a los solos efectos del artículo 1358 Cc (sobre reembolsos entre los patrimonios privativos y ganancial), que el dinero con el que se ha efectuado la adquisición es privativo del marido por provenir de la herencia de su padre, formalizada en la escritura que se reseña, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno entre patrimonios.

Debe concluirse que los cónyuges mediante pacto están determinando el carácter privativo del bien comprado por el marido, aunque ciertamente no haya podido acreditarse tal carácter por aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente de la privatividad del dinero (a falta en Derecho común de una presunción legal como la del artículo 213 CDFA), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 Cc. Además, en el título queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de existir perfecta conmutabilidad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados.

R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9044)

La testadora: legó a su esposo el usufructo universal y vitalicio; instituyó herederos a tres de sus cuatro hijos; al cuarto hijo le legó la nuda propiedad de dos fincas y "lo que le correspondiera por legítima estricta"; y dispuso que la legítima pudiera ser satisfecha por los herederos en metálico incluso extrahereditario.



Ahora, fallecida la testadora, se deniega la inscripción de la escritura de elevación a público del cuaderno de liquidación de su sociedad de gananciales, a cuyo otorgamiento han concurrido el viudo y los tres hijos heredero. Es precisa la intervención del cuarto hijo, legatario de su legítima estricta.

La intervención de los legitimarios en la liquidación de la sociedad de gananciales se equipara a la que les corresponde en la liquidación de herencia. Es doctrina consolidada que la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para liquidarla y partirla, para que resulte que no se perjudica su legítima. En Derecho común la naturaleza de la legítima es la de una “pars bonorum”.

R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9045)

Consta inscrita la adquisición de una vivienda por tres hermanas mediante herencia. Ahora se presentan dos escrituras con número de protocolo consecutivo: aportación de la cuota de una de las comuneras a la sociedad de gananciales que mantiene con su marido; y extinción de comunidad, mediante la adjudicación de la vivienda a la aportante quien compensa a las demás condueñas con dinero ganancial, otorgada exclusivamente por las tres hermanas. Se deniega la inscripción de la extinción de comunidad, por falta de consentimiento del esposo de la aportante.

Ciertamente la otorgante y adjudicataria final dispone de dinero ganancial, para lo cual está legitimada según el artículo 1384 Cc. Y por otro lado, es debatido doctrinalmente si en general la división de comunidad es acto de disposición o de administración. Sin embargo, lo esencial es que ambos cónyuges han devenido titulares registrales, y es de esa titularidad ganancial que trae causa la extinción de comunidad, que por aplicación de los principios de legitimación y tracto, debe ser realizada conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, o con autorización judicial supletoria.

R. 20 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9215)

Deniega la inscripción de un pacto de un convenio regulador de divorcio relativo a la vivienda conyugal -la cual es propiedad de un tercero-, en cuya virtud el esposo se obliga a escriturar a su nombre la propiedad de la vivienda, a ceder el 60% de la propiedad a la esposa y posteriormente a venderla repartiendo el precio entre los excónyuges en la proporción correspondiente. En este pacto se asume únicamente el compromiso de transmitir la propiedad, pero no se produce mutación jurídico real alguna. En nuestro sistema queda vedado el acceso al Registro de los meros pactos obligaciones o personales carentes de trascendencia real (artículo 2 LH).

R. 27 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9290)

En su día se inscribió una finca a nombre de varios hermanos por título de herencia de su padre. Después se inscribió otra participación indivisa a nombre de una de las cotitulares, como presuntivamente ganancial, en virtud de escritura de elevación a público de documento privado de compra a otro de los condueños, constando en la escritura que al tiempo de otorgarse el documento privado el estado civil de la adquirente era el de casada. Ahora la Dirección deniega la rectificación del Registro en el sentido de hacer constar que la participación comprada es privativa de la adquirente.

Para la rectificación de errores de concepto hace falta una de estas tres cosas: acuerdo unánime de los interesados y del registrador; resolución judicial en procedimiento entablado contra todos aquéllos a quienes el asiento conceda algún derecho; o bien documento fehaciente independiente de la voluntad de los interesados del que resulte el hecho susceptible de provocar la alteración del Registro.

R. 9 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12832)

R. 15 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11911)

Suspenden la inscripción de compras realizadas como privativas por cónyuges casados en separación de bienes pactada, por falta de acreditación de la previa indicación de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil.

El artículo 266 RRC exige, como requisito de inscripción en cualquier otro Registro, la previa inscripción en el Registro Civil de cualquier hecho que afecte al régimen económico matrimonial, la cual se acreditará mediante certificación, libro de familia o nota al pie del documento.

R. 2 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11634)

Deniega la inscripción de un convenio regulador de divorcio en que se incluye el pacto por el cual el esposo manifiesta su voluntad de donar una plaza de garaje a su hija, quien a los efectos del artículo 630 Cc acepta en este mismo documento representada por sus padres, al ser menor de edad.

En primer lugar, para la Dirección se trata de una verdadera donación y no de una mera intención de donar, ya que consta la aceptación de la parte donataria. Por otro lado, aunque la homologación judicial del convenio regulador no cambie su naturaleza de documento privado y aunque el artículo 633 Cc exige escritura pública como forma “ad solemnitatem” para las donaciones de bienes inmuebles; este rigor formalista debe dulcificarse en los casos de donaciones o negocios complejos de carácter familiar contenidos en convenios reguladores y que obedezcan a una causa familiar concreta. Así, para que tenga acceso al Registro, debe tratarse de un negocio diferente a una donación pura y simple, acercándose más a un acto de naturaleza familiar y matrimonial de carácter complejo, cuya finalidad corresponda al cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 90 Cc. Sin embargo, en el caso resuelto no se trata de la vivienda familiar, sino de una plaza de garaje; y tampoco resulta que la transmisión se enmarque en un negocio complejo de carácter familiar y oneroso, sino que más bien es una simple donación a favor de la hija.

R. 15 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11908)

R. 15 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11907)

Admiten el convenio regulador de un divorcio como título apto para inscribir el régimen de separación de bienes mediante la extinción del condominio existente sobre los bienes que se adjudican a cada uno, que incluyen la vivienda familiar.

Es doctrina consolidada la que admite el convenio regulador como título apto para inscribir la adjudicación de bienes adquiridos constante el régimen de separación de bienes. Aunque éste régimen se basa en la comunidad romana, hay diferencias entre ambas regulaciones. Así, el régimen de separación sólo cabe entre cónyuges, los bienes de ambos cónyuges están afectos a las cargas del matrimonio, existen limitaciones a la disposición de la vivienda habitual. La regulación legal



Resoluciones

del convenio regulador se refiere en general al régimen económico matrimonial, no sólo a los gananciales.

Además, en el caso resuelto resulta aplicable el artículo 233-2-3-d del Código Civil Catalán, que incluye como posible contenido del convenio regulador: la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.

R. 15 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11909)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada en procedimiento de ejecución de títulos judiciales sobre la participación del 50% de una finca que aparece inscrita con carácter ganancial a nombre de un titular fallecido. En tanto no conste en el Registro la liquidación de la sociedad de gananciales, el embargo sólo será anotable si la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos, conforme al artículo 144-4º RH.

R. 3 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11641)

Consta inscrita una compraventa en la que el comprador, de nacionalidad alemana, declaró estar casado en régimen de comunidad de bienes alemán. Ahora se deniega la rectificación de la mención de dicho régimen económico conyugal sustituyéndolo por el supletorio en Alemania de separación de bienes con nivelación de las ganancias. Para rectificar los errores derivados del título, es necesario el consentimiento de los titulares, incluyendo por tanto a la esposa o sus herederos, o resolución judicial (artículo 40-d LH).

Al título se acompaña un certificado bilingüe de vigencia de leyes legalizado por notario alemán y debidamente apostillado, acreditativo de que el régimen económico conyugal supletorio en Alemania es el citado de separación de bienes con nivelación de las ganancias. Ciertamente es doctrina consolidada la que exime de aplicar los requisitos del artículo 40 LH a la rectificación de hechos susceptibles de ser probados de modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos independientes de la voluntad de los interesados. Pero lo cierto es que el certificado aportado en este supuesto no acredita cuál era en el momento de la compra el régimen económico de los cónyuges, que bien podría haber sido el de comunidad, bien por haberlo pactado en capitulaciones, bien por resultarles aplicable en razón de la fecha de su matrimonio si procedían de alguno de los nuevos "landers" incorporados tras la integración alemana y haber pactado su conservación.

R. 28 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12235)

Una señora de nacionalidad rusa otorgó dos documentos consecutivos. Primero, escritura en la que compra "para sí y con carácter privativo" una vivienda (que según dice, no es la habitual de su familia), manifestando estar casada con esposo de diferente nacionalidad y ser su régimen económico matrimonial el legal supletorio en Reino Unido, como lugar de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, que tuvo lugar una vez en vigor el RUE 1103/2016. Por su parte, el notario autorizante precisa, de acuerdo con los criterios de conexión aplicable, cuál es la ley aplicable, así como su contenido y alcance, al afirmar por su conocimiento directo que en el Derecho del reino Unido existe absoluta separación del patrimonio de cada uno de los cónyuges, que conduce a la libre administración y disposición de cada uno sobre sus bienes propios. La segunda escritura es de constitución de hipoteca sobre la vivienda comprada, en la que no interviene el esposo.

El registrador inscribe la compra a nombre de la compradora con sujeción a su régimen matrimonial, a los efectos del artículo 92RH; pero deniega la inscripción de la hipoteca en tanto no se acredite de conformidad con el artículo 36 RH, que el derecho extranjero aplicable permite a la compradora disponer del bien por sí sola.

Sin embargo la Dirección admite la inscripción también de la hipoteca. La aplicación del artículo 92 RH no tiene carácter preferente. Habiendo precisado el notario autorizante por su conocimiento directo cuál es el contenido y alcance de la ley extranjera aplicable a los efectos del artículo 36 RH, lo procedente hubiese sido inscribir la adquisición, no ya conforme al artículo 92 RH, sino para la compradora según su el régimen británico aplicable a su matrimonio.

R. 8 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12830)

Deniega la inscripción de una resolución judicial firme dictada por un Tribunal de familia británico en un expediente de divorcio, en la cual se ordena que una vivienda privativa del esposo sea transmitida a la esposa; y a la que se acompaña el anexo II del Reglamento UE 4/2009 del Consejo sobre reconocimiento de sentencias en materia de obligaciones de alimentos.

La vivienda en cuestión fue privativa del esposo, pero ahora se encuentra inscrita a favor de un tercero. La parte recurrente no obstante considera que el registrador debe inscribir directamente la resolución extranjera con independencia de la falta de tracto, debido a la existencia de transmisiones que considera fraudulentas. Lo cierto es que la vigencia de la normativa comunitaria en este materia no implica su ejecución inmediata. En concreto, el citado anexo II recoge la necesidad de exequátur, es decir de que la resolución extranjera sea reconocida por una resolución judicial española. Por lo demás, los requisitos de acceso al Registro se rigen por la "lex rei sitae" (artículos 10-1 y 12 Cc), que es la española.

Por último, fundándose la pretensión en una sentencia de divorcio y siendo la esposa española, la misma debe inscribirse en el Registro Civil correspondiente.

R. 24 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12050)

Se refiere al mismo título cuya calificación negativa dio lugar a la R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6365), la cual denegó la inscripción de una escritura de herencia en la cual quien era esposa del fallecido al tiempo de su muerte se adjudicó una finca que constaba inscrita a nombre del mismo pero con carácter presuntivamente ganancial de otro matrimonio anterior con otra señora. Para desvirtuar esta presunción registral se incorporó a la herencia copia del libro de familia del causante y de su viuda, del que resultaba que el primero era soltero al tiempo de contraer matrimonio. Se aportaba también certificado literal de nacimiento donde no existía anotación marginal alguna de nulidad de matrimonio anterior, ni inscripción de sentencia alguna que lo anulase. Sin embargo, entendió la Dirección que los documentos presentados no probaban indubitadamente la inexistencia de matrimonio anterior, sobre todo por concurrir la circunstancia especialmente relevante de que la cotitular ganancial hizo valer los derechos que le otorgaba el asiento extendido a su favor, conforme al artículo 38 LH, ya que en el historial registral de la finca constan notas marginales de cancelación de hipoteca y condición resolutoria causadas por sendas instancias suscritas por ella.



Presentado el mismo título en otro Registro, es también objeto de calificación negativa que vuelve a recurrirse, dando lugar a la resolución que ahora se resume, la cual mantiene el mismo criterio y confirma la calificación negativa recurrida.

R. 29 octubre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14904)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa otorgada en Cataluña en la que se expresa que los cónyuges compradores, español el marido y bielorrusa la esposa, tienen domicilio en determinada localidad catalana y están “casados en régimen de separación de bienes”.

Conforme al artículo 159 RN, el notario debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar, si están casados entre sí, si existen capítulos o contrato matrimonial. También es doctrina consolidada que el notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los negocios que autoriza, debe desplegar la mayor diligencia al reflejar en el documento cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos (R. 15 junio 2009, R. 5 marzo 2010, R. 20 diciembre 2011). Si tal régimen fuese el legal bastará que el notario, sobre la base de las declaraciones de los otorgantes, así lo concluya haciendo expresa referencia al carácter legal de dicho régimen.

Por lo tanto, en el título calificado no consta, según las normas y criterios expuestos, la determinación de cuál es la ley -española o extranjera- aplicable al régimen económico matrimonial de los compradores, y en consecuencia, qué régimen de separación es el que rige en su matrimonio. Pretende el recurrente que, al estar domiciliados en Cataluña, tal régimen de separación debe entenderse que es el legal catalán. Pero tal pretensión no es admisible ni siquiera en el caso de que los dos cónyuges fuesen españoles. No siéndolo ambos, el notario debe aplicar la norma de conflicto española (artículo 12-6 Cc) que, según que el matrimonio fuese anterior o no al 29 de enero de 2019, sería el artículo 9-2 Cc o el Reglamento UE 1103/2016.

R. 29 octubre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14905)

Admite la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de aportación de la mitad indivisa de una vivienda a una sociedad de responsabilidad limitada por parte de un divorciado. El registrador había exigido la declaración de aportante de no tratarse de la vivienda familiar o, caso de serlo, el consentimiento del otro cónyuge.

Los artículos 1320 Cc y 91 RH no son aplicables a los actos dispositivos realizados por persona divorciada.

R. 12 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14917)

Deniega la inscripción de una sentencia de divorcio en cuanto adjudica a la esposa la nuda propiedad de una vivienda privativa del esposo, quien la adquirió por herencia. Esta adjudicación tiene una causa negocial ajena a la liquidación del patrimonio común de los cónyuges. El Código civil exige escritura pública para la donación de inmuebles.

La parte recurrente alega que se trata de un negocio complejo (que comprende otras adjudicaciones y pagos entre los cónyuges); y ciertamente se ha celebrado con ocasión de un proceso matrimonial. Pero esto es simplemente la expresión de un motivo que no altera la naturaleza del negocio, ni excluye el ánimo de liberalidad a favor de los beneficiarios, que es precisamente la causa de una donación.

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16479)

Rechaza la inscripción de un convenio regulador del divorcio de unos cónyuges casados en régimen catalán de separación de bienes, en el que ambos acuerdan extinguir la comunidad sobre el domicilio familiar y sobre un local comercial, que habían adquirido por mitades indivisas antes de casarse, adjudicando a la esposa la vivienda y al marido el local. Además, en el convenio se solicita la cancelación de la hipoteca constituida sobre la vivienda familiar en garantía de un préstamo respecto del cual se aporta certificación bancaria que lo declara totalmente amortizado.

La Dirección recuerda su doctrina admensiva del convenio regulador para adjudicar bienes adquiridos constante el régimen de separación de bienes. Aunque éste régimen se basa en la comunidad romana, hay diferencias entre ambas regulaciones. Así, el régimen de separación sólo cabe entre cónyuges, los bienes de ambos cónyuges están afectos a las cargas del matrimonio, existen limitaciones a la disposición de la vivienda habitual. La regulación legal del convenio regulador se refiere en general al régimen económico matrimonial, no sólo a los gananciales; en el régimen de separación será necesaria la liquidación cuando no se desee seguir compartiendo un patrimonio activo común o una deuda común. Además en este caso resulta aplicable el artículo 233-2-3-d del Código Civil Catalán, que incluye como posible contenido del convenio regulador: la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.

No obstante, se rechaza la inscripción de la adjudicación por falta de previa inscripción en el Registro Civil del Decreto judicial que declara el divorcio. Y también se rechaza la cancelación de la hipoteca: la mera certificación expedida por el banco manifestando la total amortización del préstamo, puede tener efecto justificativo en sede judicial, pero en el ámbito registral se exige un expreso consentimiento cancelatorio emitido en escritura pública o en su defecto, resolución judicial (artículos 82 LH y 179 RH).

R. 20 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15785)

Se refiere y continúa el mismo supuesto que la R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9044). La testadora: legó a su esposo el usufructo universal y vitalicio; instituyó herederos a tres de sus cuatro hijos; al cuarto hijo le legó la nuda propiedad de dos fincas y “lo que le correspondiera por legítima estricta”; y dispuso que la legítima pudiera ser satisfecha por los herederos en metálico incluso extrahereditario. Ahora, fallecida la testadora, se deniega la inscripción de la escritura de elevación a público del cuaderno de liquidación de su sociedad de gananciales, a cuyo otorgamiento han concurrido el viudo y los tres hijos herederos. Es precisa la intervención del cuarto hijo, legatario de su legítima estricta. La intervención de los legitimarios en la liquidación de la sociedad de gananciales se equipara a la que les corresponde en la liquidación de herencia. Es doctrina consolidada que la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para liquidarla y partirla, para que resulte que no se perjudica su legítima. En Derecho común la naturaleza de la legítima es la de una “pars bonorum”.

Pues bien, la R. 20 noviembre 2020 se produce porque se presenta al Registro una escritura de constitución de hipoteca unilateral a favor de la Hacienda Pública, otorgada nuevamente por el viudo y los tres hijos herederos, sin intervención del cuarto hijo que es sólo legi-



Resoluciones

timario. La inscripción se deniega por falta de tracto, el estar la finca inscrita todavía a nombre de la causante y su esposo. Para inscribir el título es necesario realizar la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de herencia de la titular. Entretanto existe una comunidad postganancial y hereditaria de la que no sólo forman parte el viudo y los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por cuotas, lo que incluye a legitimarios y legatarios de parte alicuota. A esta comunidad le son aplicables las normas de la comunidad de bienes (artículo 406 Cc), de modo que no pueden realizarse actos dispositivos sin el consentimiento unánime de todos los partícipes (artículo 397 Cc).

R. 26 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15920)

Suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia, otorgada por el viudo y los herederos de la causante. Entre los bienes inventariados se incluye una finca urbana privativa de la causante, que se adjudica al viudo "en pago de sus gananciales".

Son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y por ende, entre sus patrimonios privativos privativos y el consorcial (artículo 1323 Cc), pero siempre que se produzcan por alguno de los medios legítimos previstos (artículo 609 Cc), entre los cuales está la aportación a una comunidad sin personalidad jurídica. En todo caso han de quedar precisados los elementos constitutivos del negocio y en especial, su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (artículos 1261-3 y 1274 Cc). También es doctrina consolidada la que admite que, en la liquidación de la sociedad conyugal, los cónyuges puedan intercambiarse bienes privativos, pero siempre que la causa sea la propia liquidación del consorcio, entendido como un negocio complejo en el que se incluyan estas transmisiones adicionales.

El negocio jurídico calificado no tiene adecuado reflejo documental. Una vez disuelta la sociedad de gananciales y constante la comunidad postganancial, no cabe un traslado injustificado entre masas patrimoniales con causa ajena a la liquidación del patrimonio común. Lo contrario implicaría la posibilidad de aportar un bien privativo a la masa postganancial, lo cual sería contradictorio con la naturaleza propia del acto de liquidación y no podría justificarse por las mismas razones que permiten la transferencia entre los patrimonios privativos y el común en vida de los partícipes y vigente la sociedad de gananciales. Es preciso por tanto, expresar la verdadera causa de la adjudicación.

REPRESENTACIÓN

R. 13 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6671)

R. 13 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6673)

Admite la inscripción de una escritura de venta otorgada por administrador societario, porque, si bien el juicio de suficiencia de sus facultades representativas es genérico "para el acto o contrato a que esta escritura se refiere", más adelante se juzga a "los comparecientes con la capacidad legal y legitimación necesaria para otorgar la presente escritura de compraventa".

Es doctrina consolidada la que rechaza el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas realizado con expresiones genéricas que hacen imposible la calificación registral sobre la congruencia del juicio notarial con el concreto negocio realizado. Pero también es doctrina asentada la que considera irrelevante tal deficiencia formal

cuando en otra parte de la escritura se realiza otro juicio de suficiencia específico para la operación realizada.

R. 5 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6786)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario, confirmando la calificación registral que considera incompleta la reseña notarial del poder en cuya virtud interviene el representante de la entidad de crédito, debiendo especificarse quién lo ha otorgado y los datos de inscripción en el Registro Mercantil o el carácter especial del poder.

R. 11 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7349)

Una sociedad mercantil otorgó un poder a varios apoderados para que "configuren la denominada estructura de segundo nivel de apoderados, sustituyendo en lo necesario las facultades conferidas a los apoderados de primer nivel según consta en la certificación unida". Ahora se debate la inscripción de la escritura posterior en la que uno de los apoderados, en uso de este apoderamiento inicial, confiere en nombre de la sociedad un poder general. La registradora mercantil suspende la inscripción por entender que el compareciente carece de legitimación para otorgar el poder calificado, ya que interviene en uso de un poder en el que se le confiere la facultad de sustituir facultades de otros apoderados, facultades que él mismo no ostenta, de modo que el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas es incongruente con el negocio calificado.

Sin embargo, la Dirección entiende que el notario autorizante ha reseñado correctamente los datos del poder del que emanan las facultades del otorgante, a los efectos del artículo 98 ley 24/2001; y además expresa que mediante este poder inicial se atribuyen al apoderado facultades suficientes para el otorgamiento de la escritura de poder calificada. Por todo ello, el juicio de suficiencia no es erróneo ni incongruente. El apoderado actúa dentro del ámbito de sus atribuciones, confiriendo facultades a los apoderados de segundo nivel, sin que se trate propiamente de una sustitución. La calificación recurrida comporta una revisión de la valoración notarial sobre suficiencia de las facultades representativas, que no compete al registrador, al no tratarse de un supuesto de falta de congruencia por error evidente en el juicio del notario.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8799)

Declara inscribible una escritura otorgada ante notario español, cuya parte compradora actúa a través de apoderado en virtud de poder conferido ante notario inglés. En el título calificado, el notario español reseña el lugar de otorgamiento del poder, la autoridad que lo expide y el hecho de estar dotados de apostilla, emitiendo a continuación juicio notarial de suficiencia para el concreto negocio que se lleva a cabo. Para el registrador no se acredita la equivalencia del poder extranjero.

Sin embargo, la Dirección entiende que, si bien los juicios de suficiencia y equivalencia son diferentes (de hecho, el segundo no compete en exclusiva al notario español, quien no está obligado a conocer el Derecho extranjero), cuando hay una expresa declaración notarial de suficiencia del poder para el negocio concreto, tal declaración debe implicar necesariamente la de equivalencia, aunque no se usen para ello palabras sacramentales.

Es doctrina consolidada que el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento



aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español (S TJUE 9 marzo 2017, artículo 60 Ley 29/2015): que esté autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia para dar fe pública, y que éste efectivamente dé fe de la identidad del otorgante, así como sobre su capacidad para el acto. Así, es preciso que el documento extranjero supere un análisis de idoneidad o equivalencia con los documentos públicos españoles, juicio que deberá realizarse de acuerdo con ordenamiento extranjero aplicable, que debe acreditarse en cuanto a su contenido y vigencia, al igual que en el ámbito procesal, en los ámbitos notarial y registral (sin que esta materia se haya visto modificada por la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil). La acreditación se rige por el artículo 36 RH, que prevé entre los medios de prueba, el informe o aseveración de notario o cónsul español, o de diplomático o funcionario del país en cuestión. Notarios y registradores no están obligados a conocer el Derecho extranjero, si bien pueden realizar bajo su responsabilidad una indagación sobre el mismo. El juicio notarial de suficiencia debe expresar también todos los requisitos que acrediten la equivalencia del poder extranjero con el español, que sólo se entenderán cumplidos cuando la autoridad extranjera haya intervenido desarrollando funciones equivalentes a las de las autoridades españolas y haya formulado juicio de identidad y capacidad de los otorgantes.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8801)

En la hoja de una sociedad en el Registro Mercantil consta inscrita la concesión de un poder que faculta al apoderado a "llevar a cabo en nombre de la sociedad toda clase de operaciones y actividades dentro del objeto social". Ahora se admite la inscripción de un nuevo apoderamiento concedido por el primer apoderado a tercera persona, en cuyas facultades se incluyen varias conferidas bajo el epígrafe "Poderes Firma Electrónica". El registrador mercantil entiende que, dada la especial trascendencia y el estricto grado de exigencia en el reconocimiento de estos poderes por la Agencia Tributaria, su concesión excede de las facultades que tiene el propio poderdante, por lo cual no resulta congruente el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas contenido en el subapoderamiento calificado.

Sin embargo, la Dirección entiende que, por las facultades conferidas, el poder que consta ya inscrito a favor del primer apoderado es un poder general en el ámbito mercantil, pues se comprenden todas las operaciones comprendidas en el giro o tráfico normales de la empresa, aunque no se haya realizado una enumeración particularizada de cada una de ellas. El notario autorizante del subapoderamiento ha realizado correctamente la reseña identificativa del poder del otorgante así como el juicio de suficiencia de sus facultades representativas. Es doctrina consolidada que un poder no puede ser objeto de interpretación extensiva (incluyendo en él supuesto no previstos en sus términos), pero esto no significa que deba interpretarse restrictivamente (dándole menor amplitud que la de su texto), sino que la interpretación debe ser estricta. La calificación comporta una revisión de la valoración notarial que no compete al registrador.

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8893)

Suspende la inscripción de un acta de ocupación directa con justiprecio en especie, recaída en procedimiento de expropiación forzosa, por insuficiencia del poder en cuya virtud la actuado el representante de la titular registral, si bien el funcionario competente sí que lo había considerado suficiente.

En primer lugar, la Dirección entiende que es preciso el consentimiento del titular. La doctrina ha evolucionado en el sentido de ir matizando el tradicional carácter coactivo de la ocupación directa, asumiendo que la misma puede presentar un componente voluntario. Además, rigiéndose el procedimiento de ocupación directa del supuesto por el artículo 141 Ley 7/2002 Ordenación Urbanística de Andalucía, en su redacción previa a la reforma por Ley 2/2012, es necesario el consentimiento del propietario, no ya para acudir a la ocupación directa, sino para poder imponer al titular el pago en especie.

Por otro lado, la Dirección entiende que la suficiencia de las facultades representativas en el procedimiento administrativo queda dentro de la calificación registral, pudiendo por tanto el registrador revisar la valoración del funcionario administrativo. A diferencia del documento notarial, donde la calificación de la suficiencia de facultades representativas está delimitada legalmente por el artículo 98 Ley 24/2001, la norma aplicable al documento administrativo es el artículo 99 RH, que se limita a exigir que el titular haya tenido en el procedimiento la intervención prevista en cada caso por la ley, lo cual supone en definitiva que la calificación de la representación tendrá un ámbito similar al del documento notarial anterior a la Ley 24/2001.

Todo poder debe ser interpretado de forma estricta, si bien de forma coherente con la voluntad e intención del poderdante. El poder aportado en el supuesto (titulado como "a pleitos") faculta para intervenir ante la Administración como actor o demandado en cualquier clase de procedimiento. Sin embargo, para considerarlo suficiente para consentir el pago en especie por la titular registral, sería necesaria la atribución de específica atribución de disposición inmobiliaria.

R. 31 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11328)

Deniega la inscripción de una escritura de donación otorgada por el donatario en su propio nombre y en nombre y representación de la donante, en virtud de un poder general preventivo, es decir conferido en previsión de la pérdida de capacidad de quien lo confirió en virtud del artículo 222-2 Código civil de Cataluña.

El notario realiza correctamente la reseña identificativa del poder, sin que la Dirección comparta la apreciación del registrador de que, al tratarse de un poder preventivo, debería indicarse cuáles son las circunstancias que señalan la entrada en vigor del poder o bien que el mismo ya era eficaz desde su autorización. Estas circunstancias no pueden entenderse incluidas en lo que constituye la reseña identificativa del documento exigida por el artículo 98 Ley 24/2001, sino que afectan ya a la corrección del juicio de suficiencia realizado por el notario, lo cual excede de las facultades del registrador.

Sin embargo, la calificación negativa se confirma en cuanto al otro defecto: al tratarse de un poder general, debe expresarse de manera clara y sin dudas que el autocontrato se encuentra específicamente salvado respecto del concreto negocio, en este caso, de donación. Diferente sería el caso de un poder que salvase específicamente la donación, lo cual evitaría el riesgo de lesión de los intereses del mandante. Es doctrina consolidada que el apoderado sólo puede autocontratar válidamente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura o concreta configuración del negocio, quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad del autocontrato. En caso de autocontratación, la legitimación de apoderado no deriva sólo del poder, sino que precisa además de un acto específico de autorización por parte del principal.



Resoluciones

La reseña identificativa del documento representativo y el juicio de suficiencia, exigidos al Notario por el artículo 98 L 24/2001, debe abarcar ambos aspectos, imprescindibles para que el Registrador pueda calificar la congruencia de dicho juicio con el título.

R. 12 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14916)

En la escritura calificada se concedía un derecho de opción de compra por quien alegaba ser mandatario verbal de los propietarios. Posteriormente se extendieron diligencias en la propia escritura en las que los referidos propietarios manifestaron que en ningún caso procederían a ratificar la escritura, cuyo contenido quieren que sea nulo y no produzca efecto alguno. La registradora suspende la inscripción del título de opción; y el mandatario recurre. La Dirección confirma la calificación negativa: a efectos registrales la representación alegada con base en la invocación de un mandato verbal exige, bien justificar de forma auténtica su existencia (algo difícil pero no imposible), bien ratificación del representado.

R. 19 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15776)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa otorgada ante notario español, en la que el representante de la sociedad compradora interviene mediante poder otorgado ante notario francés. El notario español: reseña el lugar de otorgamiento, la autoridad que lo expide, el hecho de estar redactado a doble columna en francés y en español y de estar apostillado; emite juicio de suficiencia de facultades representativas; y añade que dicho poder es equivalente formal y sustancialmente respecto al derecho español, al estar suscrito por autoridad con facultades de fe pública conforme a la ley francesa y contener juicio de identidad y capacidad de los otorgantes.

Es doctrina consolidada que la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, se regirá por la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas (artículo 10-11 Cc), que será la española, la cual exige que conste en documento público el poder para actos que deban redactarse en escritura pública o que hayan de perjudicar a tercero (artículo 1280-5 Cc). El documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español (S TJUE 9 marzo 2017, artículo 60 Ley 29/2015): que esté autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia para dar fe pública, y que éste efectivamente dé fe de la identidad del otorgante, así como sobre su capacidad para el acto. Así, es preciso que el documento extranjero supere un análisis de idoneidad o equivalencia con los documentos públicos españoles, juicio que deberá realizarse de acuerdo con ordenamiento extranjero aplicable, que debe acreditarse en cuanto a su contenido y vigencia, al igual que en el ámbito procesal, en los ámbitos notarial y registral (sin que esta materia se haya visto modificada por la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil). La acreditación se rige por el artículo 36 RH, que prevé entre los medios de prueba, el informe o aseveración de notario o cónsul español, o de diplomático o funcionario del país en cuestión. Notarios y registradores no están obligados a conocer el Derecho extranjero, si bien pueden realizar bajo su responsabilidad una indagación sobre el mismo. El juicio notarial de suficiencia debe expresar también todos los requisitos que acrediten la equivalencia del poder extranjero con el español, que sólo se entenderán cumplidos cuando la autoridad extranjera haya intervenido desarrollando funciones equivalentes a las de las autoridades españolas y haya formulado juicio de identidad y capacidad de los otorgantes. Además,

la legalización y la apostilla -o su excepción- constituyen un requisito para que el documento autorizado por funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional, de modo que la falta de referencia a ambas impide tener por cumplida la exigencia del juicio notarial de suficiencia de facultades representativas del artículo 98 Ley 24/2001.

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16475)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa en la que el comprador compareciente manifiesta adquirir, en cuanto a una mitad indivisa para sí, y en cuanto a la otra para su hermana como mandatario verbal de la misma. No consta la ratificación.

A efectos registrales la representación alegada con base en la invocación de un mandato verbal exige, bien justificar de forma auténtica su existencia (artículo 3 LH) -algo difícil, pero no imposible-, bien ratificación del representado en tiempo oportuno (artículo 1259 Cc).

En el supuesto calificado lo que solicita el mandatario es la inscripción de toda la propiedad a su nombre, alegando que él pagó todo el precio y que su hermana ha fallecido divorciada, abintestato y sin hijos, por lo que el heredero sería su propio hermano. Sin embargo, la Dirección entiende que la consecuencia establecida por el artículo 1259 para el caso de falta de ratificación, no es que el representante adquiera los derechos del representado. El contrato debe ser ratificado por la mandante, o por quienes acrediten ser herederos de la misma mediante el correspondiente título sucesorio, de conformidad con el artículo 14 LH.

SOCIEDADES MERCANTILES

ADMINISTRADORES

R. 19 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7077)

R. 19 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7082)

Deniega la inscripción de una escritura que documenta un cese de administrador único y nombramiento de nuevo titular para el cargo, por no entender correctamente realizada la notificación al administrador saliente de conformidad con el artículo 111 RRM. La notificación se ha intentado personalmente por el notario en el domicilio que consta en el Registro, donde no halló al notificado, sino a otras dos personas que se negaron a recoger la cédula.

El artículo 111 RRM considera cumplimentada la notificación en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 RN, el cual admite dos vías con iguales efectos al disponer que el notario -discrecionalmente y siempre que de una norma legal no resulte lo contrario- podrá efectuar la notificación enviando la cédula al destinatario por correo certificado con acuse de recibo, o si no se usase este procedimiento, se personará en el domicilio del requerimiento. Si no estuviese presente en requerido, podrá hacerse cargo de la cédula cualquier persona que se encontrase en el lugar y haga constar su identidad, pudiendo también entenderse la diligencia con el portero. El párrafo sexto del artículo 202 ordena al notario, por no haber podido entregar la cédula, enviarla por correo certificado con acuse de recibo como establece el RD 1829/1999. El artículo 203 RN añade que cuando el interesado o su representante se negase a recoger la cédula o presentase resistencia activa o pasiva, se hará constar así y se tendrá por realizada la notificación. La S TS 20 mayo 2008 anuló la posibilidad de que también



se tuviese realizada la notificación cuando la negativa o resistencia procediese de la “persona con quien se haya entendido la diligencia”, considerando la sentencia que esta posibilidad se aparta del régimen general de la Ley 30/92 en una materia sujeta a reserva de ley.

En consecuencia, habiéndose intentado únicamente en el supuesto calificado la notificación personal, pero no el envío por correo certificado a acuse de recibo, no procede la inscripción.

R. 19 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7078)

Admite la inscripción de una escritura de renuncia de administrador solidario, pese a que la preceptiva notificación a la sociedad se realiza en el actual domicilio social, que resulta de un acuerdo de junta ya adoptado pero todavía no inscrito en el Registro Mercantil.

El cambio de domicilio tiene efectos internos desde el acuerdo; y su inscripción no es constitutiva, sin perjuicio de que sea obligatoria y de que hasta que no se produzca el acuerdo no será oponible a terceros de buena fe. En este caso, el administrador ha actuado con la diligencia exigible al notificar en el nuevo domicilio social su renuncia, la cual no puede verse condicionada por contingencias como la no inscripción de la modificación estatutaria del domicilio social.

Es doctrina consolidada que en un Registro de personas como el Mercantil, la aplicación de algunos principios registrales como el de tracto sucesivo ha de interpretarse restrictivamente y no puede tener el mismo alcance que en un registro de bienes donde los derechos que sobre ellos recaigan, o bien son incompatibles, o bien gozan entre sí de preferencia según el momento de su acceso al Registro.

R. 20 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7182)

Deniega la inscripción de una renuncia de administrador único, porque lo que se aporta al Registro es una mera solicitud privada acompañada de copia simple de la escritura de renuncia. El principio de legalidad exige la aportación de copia autorizada.

Por otro lado, el hecho de que el folio social esté cerrado por falta de depósito de cuentas anuales no sería obstáculo para inscribir la renuncia del administrador (siempre que reuniese los requisitos legales y se solicitase la inscripción parcial); pero sí que impediría la inscripción de otras operaciones solicitadas: nombramiento de nuevo administrador y cambio de domicilio social.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8802)

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una sociedad anónima de seguros, por la cual se dispone que, aunque el cargo de consejero es gratuito, los consejeros que tengan atribuidas funciones ejecutivas tendrán derecho a una retribución determinada por el consejo de administración, ajustándose a la política de remuneración de los consejeros, y que se incluirá en el contrato a que se refiere el artículo 249 LSC, que deberá contener todos los conceptos por los que se pueda obtener una retribución. En la misma cláusula se añaden los distintos conceptos en que podrá consistir esa retribución. Para el registrador esto supone que el sistema de remuneración queda a elección de la junta, y que para evitarlo todos los sistemas previstos deberán aplicarse de modo cumulativo.

Sin embargo, la Dirección aplica la doctrina introducida por la STS 26 febrero 2018, que reconoce la necesidad de interpretar más

flexiblemente la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, aunque siempre rechazando remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual acordado por la junta para el conjunto de los administradores. En virtud de esta doctrina, cabe admitir que, aun cuando los diferentes conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar en los estatutos, podrán éstos remitirse al contrato celebrado entre el consejero y la sociedad para que se detalle si se le remunerará por todos o sólo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos, lo cual compatibiliza la protección de los socios con las necesidades de la práctica.

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8895)

Deniega la inscripción del nombramiento de administrador de una sociedad anónima, por varios defectos: la hoja social se halla cerrada por falta de depósito de cuentas; no se ha acreditado la remisión a los socios de la convocatoria de junta en la forma establecida en los estatutos (anuncio publicado en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia); y error material en la convocatoria de junta, que alude a dos administradores, mientras que según los estatutos el órgano de administración es unipersonal.

La inscripción también se deniega por falta de acreditación de la notificación al anterior administrador, conforme al artículo 111 RRM. Se desestima la alegación del recurrente de que tal notificación no es exigible porque el cargo de la anterior administradora se encontraba caducado desde hace más de dos años. Ciertamente el artículo 145-3 RRM determina que el registrador hará constar la caducidad por nota marginal cuando debe practicarse algún asiento en la hoja social o se hubiese solicitado certificación. Pero no habiéndose practicado dicha nota, debe acogerse la doctrina del “administrador de hecho”. Resulta indudable la persistencia de los deberes de gestión ordinaria de la sociedad.

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8912)

Admite la inscripción de una escritura por la que una sociedad limitada compra determinados inmuebles, a pesar de que el texto incurre en una contradicción al afirmar el administrador al mismo tiempo que el acto “no es competencia de la junta”, “por referirse [sic] a un activo esencial”. El registrador de la Propiedad, mediante consulta al Registro Mercantil averigua que el valor de la compra excede del 25% del valor de los activos que constan en el último balance depositado.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. La transmisión de activos esenciales excede de las competencias del administrador (S TS 17 abril 2008). Pero aun reconociendo esto, mediante certificación del órgano de administración o manifestación del representante social sobre el carácter no esencial del activo, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre adecuación del negocio a la legalidad; pero sin que tal manifestación sea requisito imprescindible para la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar también protegido en estos casos (artículo 160-f).

Y además de esta doctrina, también entiende la Dirección que, aunque la redacción es imprecisa, el contexto del documento revela que lo que se quiere expresar es que no hace falta consentimiento de la junta; y que por ello el notario ha emitido juicio de suficiencia sobre las facultades representativas del administrador.



Resoluciones

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8914)

Deniega la inscripción de la renuncia de un administrador solidario, que se pretende mediante la presentación de un documento firmado por el dimisionario y en el cual figuran los datos de identidad del otro administrador con una firma (sin legitimar) por la que se da por recibido dicho escrito.

El administrador tiene la facultad de renunciar libremente a su cargo, pero supeditada a su previa comunicación fehaciente a la sociedad, que en caso de órgano no colegiado podrá dirigirse a cualquiera de los administradores (artículo 235 LSC). Pero la notificación debe reunir los requisitos del artículo 147 RRM: escrito de renuncia notificado fehacientemente, o certificación del acta de la junta o consejo, pero en ambos casos con las firmas legitimadas notarialmente.

R. 7 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11098)

Admite la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada, estimando el recurso contra la calificación que había rechazado la disposición estatutaria según la cual la sociedad se regirá a elección de la junta, entre otras opciones alternativas: por dos administradores mancomunados; por varios administradores mancomunados, con un mínimo de tres y un máximo de siete, actuando siempre conjuntamente todos los designados; o por varios administradores mancomunados, con un mínimo de tres y un máximo de siete, de los que actuarán dos cualesquiera en forma conjunta. La registradora había denegado la inscripción por entender que las dos últimas opciones son contradictorias entre sí, pero sin más motivación que la cita de los artículos 210, 233 LSC y 185 RRM.

La Dirección no tiene en cuenta la razón argüida en el informe extemporáneamente, ya en fase de recurso, de que la disposición debatida otorga a la junta la decisión sobre la forma de ejercitar el poder de representación sin necesidad de modificar los estatutos, en contra de lo establecido en el artículo 233-2 LSC.

R. 1 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12824)

Admite la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de sociedad limitada, en la que una de las fundadoras es otra sociedad cuyo administrador actuante no tiene inscrito su cargo. El notario autorizante de la escritura constitución hace constar en ella los datos necesarios para apreciar la válida designación del administrador de la sociedad fundadora.

Es doctrina reiterada que el nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de la aceptación, y la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria, pero no constitutiva. No hay ningún precepto que imponga la previa inscripción en el Registro Mercantil del cargo social o del poder general, como requisito de inscripción de los actos realizados en ejercicio de dicha representación. Lo que ocurre es que, si la representación consta inscrita, goza de presunción de validez y exactitud, el Registrador Mercantil habrá calificado favorablemente su regularidad, y por ello, bastará completar la reseña identificativa del documento representativo con los datos de su inscripción. Por el contrario, si el título no recoge los datos de inscripción de la representación, deberá reseñar los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante, por haber sido nombrado con los requisitos legales y estatutarios por el órgano social competente, debidamente convocado y vigente en el momento

del nombramiento, incluyendo la aceptación del nombrado y en su caso, la notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos.

Además, si bien como "obiter dicta", la Dirección recuerda la doctrina de la R. 29 abril 2003: para la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de sociedad, cuyo socio fundador aporta dinero y declara estar casado en separación de bienes, no es necesario que se acredite dicho régimen económico matrimonial. Entiende ahora la Dirección que por tanto, en tal caso tampoco sería necesario acreditar la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil.

R. 14 octubre 2020 (BOE 288, 31-X-20: 13325)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de junta de una sociedad anónima, por los que se reelige por el plazo estatutario de 5 años a la administradora única de la sociedad, cuyo cargo estaba caducado desde hacía casi dos años, dando a la reelección efecto retroactivo para que el plazo del nuevo cargo comience en la fecha en que había caducado el cargo.

Al nombrar administrado, la junta no puede fijarle un plazo de duración inferior al establecido en los estatutos sociales (R. 9 febrero 2013). De ello se desprende que la inscripción de la reelección sólo puede tener como fecha de la misma, la del acuerdo adoptado por la junta que decide el nuevo nombramiento de la administradora con cargo caducado. Y todo ello con independencia de la eficacia extrarregistral del acuerdo de la misma junta de convalidación y aprobación de todos los actos que haya realizado la administradora desde que caducó su cargo.

R. 22 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13753)

R. 22 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13754)

Admite la inscripción del acuerdo relativo al cambio de sistema de administración, pasando de dos administradores mancomunados a administrador único, adoptado en junta convocada con este fin -según consta en su orden del día- por el único administrador mancomunado existente, al haber fallecido el otro.

El artículo 171-2 LSC permite, en caso de muerte de alguno de los administradores mancomunados, que cualquiera de los que permanezcan en el cargo convoque junta general con el único objeto de nombrar administradores. La Dirección entiende este precepto permite al administrador subsistente convocar junta sólo para nombrar administrador y no para cambiar la estructura del órgano de administración, lo cual no obstante sí puede aprobarse en la junta que el administrador subsistente puede convocar, y siempre que se incluya en el orden del día (como ocurre en el supuesto resuelto). Si cualquiera de los administradores subsistentes puede convocar junta para el nombramiento de administrador, de manera que una vez cubierta la vacante se podría convocar una nueva junta para un orden del día más amplio, no debe impedirse acordar el cambio de sistema de administración siempre que se respeten los requisitos generales de convocatoria y el derecho de información de los socios a través de la fijación del orden del día.

R. 18 junio 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14743)

R. 18 junio 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14744)

Admiten la inscripción de sendas escrituras de compraventa de inmuebles otorgadas por los administradores o apoderados de las so-



iedades vendedora y compradora, sin manifestación expresa sobre el carácter esencial o no del activo transmitido por parte del representante de ambas o alguna de las sociedades intervinientes, cuyas facultades representativas son por otro lado calificadas como suficientes por el notario autorizante.

Es doctrina reiterada que, si bien la transmisión de activos esenciales excede de las competencias del administrador (la S TS 17 abril 2008 establece que los consejeros delegados carecen de poder para transmitir todo el activo de la compañía), mediante certificación del órgano de administración o manifestación del representante social sobre el carácter no esencial del activo, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre adecuación del negocio a la legalidad; pero sin que tal manifestación sea requisito imprescindible para la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar también protegido en estos casos (artículo 160-f).

R. 12 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14922)

En general, considera inscribible un acuerdo relativo al cambio de sistema de administración, pasando de dos administradores mancomunados a administrador único, adoptado en junta convocada con este fin -según consta en su orden del día- por el único administrador mancomunado existente, al haber fallecido el otro.

El artículo 171-2 LSC permite, en caso de muerte de alguno de los administradores mancomunados, que cualquiera de los que permanezcan en el cargo convoque junta general con el único objeto de nombrar administradores. La Dirección entiende este precepto permite al administrador subsistente convocar junta sólo para nombrar administrador y no para cambiar la estructura del órgano de administración, lo cual no obstante sí puede aprobarse en la junta que el administrador subsistente puede convocar, y siempre que se incluya en el orden del día (como ocurre en el supuesto resuelto). Si cualquiera de los administradores subsistentes puede convocar junta para el nombramiento de administrador, de manera que una vez cubierta la vacante se podría convocar una nueva junta para un orden del día más amplio, no debe impedirse acordar el cambio de sistema de administración siempre que se respeten los requisitos generales de convocatoria y el derecho de información de los socios a través de la fijación del orden del día.

Ahora bien, en el concreto supuesto resuelto, la inscripción del acuerdo se deniega porque la hoja de la sociedad está cerrada por falta de depósito de cuentas de tres ejercicios anteriores. El artículo 282 LSC exceptúa del cierre el cese o dimisión de administradores, pero no el nombramiento de quienes hayan de sustituirles en el cargo.

APORTACIONES AL CAPITAL SOCIAL

R. 14 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9209)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad limitada, otorgada por dos personas físicas que afirman intervenir en su propio nombre y derecho, y al mismo tiempo como únicos socios de determinada sociedad civil cuyos datos se concretan; y que suscriben sus participaciones mediante la aportación por cada uno de los socios de la mitad indivisa de un vehículo en cuyo

permiso de circulación consta que está matriculado a nombre de la sociedad civil.

El título carece de la debida claridad y precisión en cuanto a si la aportación del vehículo es efectuada: en nombre de la sociedad civil, por los socios de la misma (en cuyo caso las participaciones correspondientes al vehículo serían de la sociedad civil); por los otorgantes como personas físicas pero con el consentimiento de la sociedad civil titular administrativa (lo cual sería posible como pago por tercero ex artículo 1158 Cc, y con la debida responsabilidad del socio aportante por la realidad y valoración de la aportación ex artículo 73 LSC); o por los otorgantes, pero como personas físicas propietarias reales del vehículo (faltando en este caso la expresión de su título dominical, frente a la titularidad administrativa).

BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6345)

Deniega la inscripción de una escritura de renuncia de apoderados de una sociedad, porque la misma había causado previamente baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria. Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el cese o dimisión de administradores (a diferencia de lo que ocurre con el cierre derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales).

R. 20 marzo 2020 (BOE 188, 9-VII-20: 7532)

Deniega la inscripción de una renuncia de administradora única, porque la sociedad ha causado baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria.

Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el cese o dimisión de administradores (a diferencia de lo que ocurre con el cierre derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales).

R. 9 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12833)

Deniega la inscripción de escrituras de renuncia de administrador único, porque la sociedad ha causado baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria.

Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el cese o dimisión de administradores (a diferencia de lo que ocurre con el cierre derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales).

BUQUES

R. 13 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6677)

Suspende la inscripción en el Registro de Bienes Muebles, por falta de competencia, de un buque cuya construcción se está llevando a cabo en el extranjero.

En materia de buques existe una dualidad de registros que tienen diferente naturaleza y finalidad (artículo 65 Ley 14/2014 de Navegación y Marítima): la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles publica la titularidad y gravámenes sobre los buques; mientras que la matrícula de un buque en el Registro de Buques y Empresas Navales va destinada a mantener la identificación y control administrativo de los buques y embarcaciones españoles. La aportación de certificación acreditativa de la previa inscripción del buque en este último Registro administrativo es requisito para poder practicar la primera inscripción de dominio en el Registro de Bienes Muebles (artículo 66). De otro modo no existiría criterio de competencia para llevar a cabo la inscripción.

CAPITAL SOCIAL

R. 7 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6793)

Para inscribir el aumento de capital de una SL por compensación de créditos, no es necesario cumplir las normas sobre derecho de asunción preferente de las nuevas participaciones. Este derecho es reconocido por el artículo 304-1 LSC sólo en "los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales...", con cargo a aportaciones dinerarias". Es cierto que la extinción de créditos contra la sociedad a cambio de participaciones podría no estar justificada en interés de la sociedad; pero en tal caso los socios que se considerasen desprotegidos podrían impugnar judicialmente el acuerdo de aumento de capital.

R. 12 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7355)

Deniega la inscripción de una escritura de aumento de capital de sociedad anónima deportiva, en parte por compensación de créditos y en parte con aportación dineraria.

Los acuerdos resultan consignados en acta notarial, de la cual se aporta una mera fotocopia que no cumple con las exigencias del principio de titulación auténtica (artículos 3 LH y 5 RRM).

Por otro lado, el anuncio de convocatoria no hace referencia explícita a las exigencias de los apartados 2 y 4 del artículo 301 LSC, para el caso de aumento de capital por compensación de créditos: constancia del derecho de los socios a examinar en el domicilio social el informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos; identidad de los aportantes; número de acciones a emitir; cuantía del aumento; concordancia de los datos de los créditos con la contabilidad social; certificación del auditor de cuentas de la sociedad; derecho a pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos.

Por último, el plazo para el ejercicio del derecho de adquisición preferente de las nuevas acciones se fija en 30 días desde la publicación en el BORME, lo cual contraviene el artículo 305-2 LSC, que establece que el plazo no podrá ser inferior a un mes. Los plazos por meses deben computarse de fecha a fecha (artículos 5-1 Cc y 60 Ccom).

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8900)

Deniega la inscripción de la reducción del capital social de una limitada unipersonal, que se realiza mediante la adquisición y amortización de unas participaciones sociales y se paga mediante la transmisión de tres fincas a la socia única. La particularidad es que el precio asignado a las fincas es inferior al valor nominal de las participaciones amortizadas.

El artículo 317 LSC establece un catálogo de modalidades admitidas de reducción del capital social, según su finalidad. En consecuencia, debe constar la modalidad utilizada en cuanto al importe correspondiente a la diferencia entre el valor de las participaciones amortizadas y el de las fincas adjudicadas: reducción por pérdidas (artículo 320), constitución de reserva voluntaria (332-2) o de reserva indisponible (141). En cuanto a tal diferencia de valor se produce un déficit de protección a los acreedores sociales.

R. 2 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11635)

Deniega la inscripción de una reducción del capital de una limitada con la finalidad de devolver sus aportaciones a una socia, a la cual se le adjudica un inmueble de la sociedad y cuyo consentimiento consta en el título. El acuerdo es adoptado por socios que representan el 80% del capital social, y con el voto en contra de los demás socios, quienes manifestaron su disconformidad con el valor de la restitución.

Dado que la reducción de capital social por devolución de aportaciones no afecta por igual a todas las participaciones, es preciso el consentimiento de todos los socios. Ciertamente el acuerdo ha sido adoptado con la mayoría exigida por el artículo 199-a LSC; pero supone una violación del principio de paridad de trato formulado en los artículos 329 y 330, sin que baste a estos efectos con el consentimiento de la socia que se separa, ya que los acuerdos calificados produce disparidad de trato entre ella y los demás socios.

Por otro lado, para que la restitución de aportaciones pueda ser en especie, si no está previsto en los estatutos, hace falta aprobación unánime de los socios por afectar a derechos individuales de los mismos (artículos 292, 329 y 330).

R. 9 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11646)

Suspende la calificación de una escritura de aumento de capital. Previamente un socio minoritario, que acreditó a la registradora su condición de socio mediante la aportación de escritura de venta de unidad productiva en procedimiento concursal, había solicitado el nombramiento de auditor a instancias de la minoría conforme al artículo 265-2 LSC. La sociedad se opuso a reconocerle la condición de socio e impugnó ante la Dirección General la designación de auditor por parte de la registradora; recurso que se halla pendiente de resolución. En consecuencia, entiende la registradora que en el acuerdo cuya inscripción se pretende no consta la convocatoria al socio que había solicitado el nombramiento de auditor.

Es doctrina reiterada que, ante una situación de indeterminación registral al solicitar la designación de auditor, el registrador Mercantil debe esperar a que la resolución de la misma alcance firmeza, de modo que entretanto no podrá decidir sobre el resto de solicitudes de asiento presentadas. Por otro lado, la falta de inscripción en el libro registro no es determinante para privar de legitimación al socio, porque esto supondría dejar en manos de los administradores el ejer-



cicio válido de los derechos del socio. Debe prevalecer el artículo 106 LSC, que permite al adquirente de participaciones sociales ejercitar los derechos de socio desde que la sociedad tenga conocimiento de la transmisión.

CERTIFICACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

R. 23 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13758)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de un poder conferido por el consejo de administración de una limitada, porque la certificación elevada a público por la escritura calificada se limita a afirmar que concurrieron a la reunión todos los miembros del consejo, pero no hace constar la identidad de los mismos.

Ciertamente la obligación de hacer constar los nombres de los miembros concurrentes de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles, se impone expresamente para las actas (artículo 97 RRM), pero no para las certificaciones en extracto de las mismas (artículo 112 RRM). Sin embargo, la Dirección interpreta que tal mención, con el fin de comprobar el cumplimiento del principio de tracto sucesivo (artículo 11-3 RRM), debe constar en todas las certificaciones relativas a los acuerdos que se pretendan inscribir. Esta exigencia se funda en el citado artículo 112, el cual: por un lado, exige consignar en la certificación todas las circunstancias necesarias para calificar la validez de los acuerdos; y por otro, dispensa en las certificaciones en extracto de especificar qué miembros asistieron personalmente y cuántos por representación (lo que “a contrario” supone exigir la expresión de los concurrentes en toda certificación).

R. 26 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15917)

El supuesto de hecho es continuación de la R. 23 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13758), la cual denegó la inscripción en el Registro Mercantil de un poder conferido por el consejo de administración de una limitada, porque la certificación elevada a público por la escritura calificada se limitaba a afirmar que concurrieron a la reunión todos los miembros del consejo, pero no hacía constar la identidad de los mismos. Ciertamente la obligación de hacer constar los nombres de los miembros concurrentes de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles, se impone expresamente para las actas (artículo 97 RRM), pero no para las certificaciones en extracto de las mismas (artículo 112 RRM). Sin embargo, la Dirección interpretó que tal mención, con el fin de comprobar el cumplimiento del principio de tracto sucesivo (artículo 11-3 RRM), debe constar en todas las certificaciones relativas a los acuerdos que se pretendan inscribir. Esta exigencia se funda en el citado artículo 112, el cual: por un lado, exige consignar en la certificación todas las circunstancias necesarias para calificar la validez de los acuerdos; y por otro, dispensa en las certificaciones en extracto de especificar qué miembros asistieron personalmente y cuántos por representación (lo que “a contrario” supone exigir la expresión de los concurrentes en toda certificación).

Pues bien, en el supuesto de la R. 26 noviembre 2020, se vuelve a presentar el título, pero con una subsanación realizada por el mismo notario a los efectos del artículo 152 RN, consistente en hacer constar en la escritura los extremos omitidos en la certificación. La Dirección vuelve e rechazar la inscripción: la diligencia extendida por el notario autorizante de la escritura afecta a un extremo que debe constar en la

certificación unida, cuya redacción compete al secretario con el visto bueno del presidente (artículos 250 LSC y 99 RRM).

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

R. 10 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17070)

Según los estatutos sociales de una sociedad anónima, deben concurrir a las reuniones del consejo de administración la mitad más uno de sus miembros. Ahora se deniega la inscripción de unos acuerdos del consejo sobre nombramiento de vicepresidente; y sobre nombramiento por cooptación como consejera y presidenta a determinada persona, como representante de la comunidad hereditaria del accionista que era presidente del consejo. De los cuatro miembros que componen el consejo, uno ha fallecido y el otro se ha opuesto a la celebración de la sesión, por lo que no se cumple el quorum estatutario.

Ciertamente es doctrina de la Dirección que debe preservarse en la medida de lo posible el funcionamiento del órgano de administración en circunstancias especiales, pero esto no puede llegar al extremo de desnaturalizar su finalidad y estructura. El artículo 247-2 LSC exige para la válida constitución del consejo de la sociedad anónima, que concurran la mayoría de los vocales, lo cual debe interpretarse que se refiere al número de vocales previsto en los estatutos. De producirse una sucesión de vacantes que amenace la válida constitución del consejo, corresponde a los consejeros subsistentes tomar las medidas para evitarlo en ejercicio de su deber de diligente administración.

Ahora bien, el segundo defecto de la calificación es desestimado. El registrador había suspendido la inscripción del nombramiento de la nueva consejera por cooptación, por no resultar que la misma fuese accionista de la sociedad. Sin embargo, la Dirección entiende aplicable también a la comunidad hereditaria la regla del artículo 126 LSC, que prevé la obligación de nombrar una sola persona que ejercite los derechos de socio correspondientes a las acciones en cotitularidad. En el caso de la comunidad hereditaria, la designación se hará según las reglas de dicho tipo de comunidad germánica; es decir, que el ejercicio corresponderá al albacea o administrador (voluntario o judicial) de la herencia; y en su defecto, la designación se hará por mayoría de cuotas o intereses (artículo 398 Cc). En el supuesto resuelto, el vicepresidente del consejo ha admitido la intervención de dicha señora como representante de la comunidad hereditaria, que es quien ostenta la cualidad de socio.

CUENTAS SOCIALES

R. 16 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6356)

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6360)

Admite el depósito de cuentas de una sociedad anónima, a pesar de que en el informe de gestión no se incluye alguna de las circunstancias exigidas en el artículo 262-5 LSC (en la R. 16 enero 2020 lo que pide el registrador es la inclusión de un estado de información no financiera, o la elaboración de un informe separado con el mismo contenido que el previsto para las cuentas consolidadas. En la R. 17 enero 2020 se exige incluir una referencia a la identidad de la sociedad dominante y al Registro Mercantil donde están depositadas las cuentas del grupo consolidado).



Resoluciones

Las exigencias establecidas en la actual redacción del artículo 262-5 LSC sólo proceden siempre que durante dos ejercicios consecutivos la sociedad mantenga los dos requisitos previstos en dicha norma. La sociedad del supuesto ya no cumple el primero, ya que su número medio de trabajadores durante el ejercicio no ha sido superior a 500.

R. 3 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6776)

R. 3 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6777)

R. 7 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6795)

Suspende el depósito de cuentas anuales de una sociedad, porque no acompaña el informe de auditor solicitado por la minoría conforme al artículo 265-2 LSC.

Por otro lado, en las dos resoluciones de 3 de febrero se aprecia también el defecto de que en la certificación de los acuerdos de la junta que aprobó las cuentas no expresa la mayoría con que fueron adoptados.

R. 6 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6790)

Hallándose cerrado el folio de la sociedad por falta de depósito de las cuentas anuales (artículos 282 y 378 RRM), a la vista de la solicitud de inscripción parcial contenida en el título, la Dirección considera inscribible el cese del administrador único, si bien no puede inscribirse el nombramiento de nuevo administrador por no ser uno de los actos exceptuados legalmente del cierre registral.

R. 7 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6796)

R. 7 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6794)

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales, cuando la hoja registral de la sociedad se encuentra cerrada por falta del depósito de las cuentas de ejercicios anteriores (art. 378-7 RRM).

R. 5 abril 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8793)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad obligada a auditar en los términos del artículo 265 LSC. El auditor hace constar que, al no haber sido pagados sus honorarios, no ha comenzado del trabajo y por tanto, carece de evidencias para emitir una opinión sobre las cuentas anuales adjuntas.

Es doctrina consolidada que el artículo 5 de la Ley de Auditoría permite distinguir los casos en que el auditor ha llevado a cabo su tarea, de los casos en que no ha sido así, de modo que caben cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, favorable con salvedades, desfavorable y denegada. Las dos primeras implican que las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio social, por lo que cabe su depósito. Si el informe deniega emitir opinión (por ejemplo, por existencia de reservas o salvedades, por otras razones que impidan pronunciarse al auditor) no siempre debe rechazarse el depósito. El baremo que debe servir de guía es la finalidad de la norma, que es la protección del interés de los socios, los terceros o del socio minoritario. Así, si del informe del auditor puede deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, no debe rechazarse el depósito aun cuando el auditor, por cuestiones técnicas, no emita opinión, ya que la denegación del depósito de las cuentas, no sólo desvirtuaría la finalidad de éste, sino que sustraería a los socios y terceros una información mercantil relevante. Ahora bien, si el informe se limita a expresar la ausencia de opinión sin que pueda deducirse racionalmente ninguna información

clara sobre el estado patrimonial de la sociedad, el depósito debe denegarse.

A esta última hipótesis pertenece el concreto supuesto resuelto. Ciertamente el auditor hace constar también: que el administrador ha manifestado estar dispuesto a pagar de su bolsillo particular el 50% de los honorarios, siempre que el socio que ha solicitado la auditoría pague la otra mitad; que el administrador ha revelado su clara voluntad de colaboración, al poner a disposición del auditor todos los libros y documentos contables para efectuar su trabajo; y que no existen riesgos significativos que se deban comunicar en su informe. Pero lo cierto es que el depósito debe denegarse porque no se acompaña el informe de verificación.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8798)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad por falta de aportación del informe del auditor. Aún no se ha inscrito el nombramiento de auditor a instancias de la minoría conforme al artículo 265-2 LSC, por hallarse en tramitación el recurso interpuesto en dicho expediente.

Es doctrina reiterada que, ante una situación de indeterminación registral al solicitar la designación de auditor, el registrador Mercantil debe esperar a que la resolución de la misma alcance firmeza. Así, en el supuesto resuelto, hasta que la situación registral no resulte definitiva, no podrá el registrador decidir sobre el resto de solicitudes de asiento presentadas.

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16478)

Deniega el depósito de cuentas anuales de una sociedad por falta de verificación contable. Consta en el Registro Mercantil la solicitud de nombramiento de auditor voluntario a instancias de socio minoritario; si bien este expediente ha sido cerrado por no aceptación de los tres auditores nombrados.

El procedimiento por el que se solicita el depósito de cuentas es registral, se regula en los artículos 18 Ccom y 365-378 RRM); y la negativa al depósito se despacha por los trámites previstos para los documentos defectuosos (artículo 368-3 RRM). El procedimiento por el que se insta el nombramiento de un auditor en ejercicio del derecho reconocido al socio minoritario en el artículo 265-2 LSC, es un procedimiento administrativo especial, se regula en los artículos 351 y siguientes RRM y supletoriamente por las normas de procedimiento administrativo. No cabe pretender en vía de recurso contra calificación negativa recaída en un procedimiento del primer tipo por incumplimiento de sus requisitos, que se entre a conocer de cuestiones ajenas a la propia calificación.

En definitiva, para poder depositar las cuentas del supuesto, será necesario que las mismas se auditen por el auditor que designe la registradora, previa reapertura del expediente, o que el socio minoritario que lo instó desista o renuncie a su derecho en la forma debida (R. 10 enero 2019 que resuelve consulta planteada por el registrador mercantil de Almería).

R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17080)

Rechaza, por falta de aportación del informe de verificación contable, el depósito de cuentas anuales de una sociedad que designó voluntariamente auditor ese ejercicio, constando inscrita dicha designación.



El artículo 279 LSC consagra esta doctrina al obligar a los administradores a presentar el informe de gestión, si fuese obligatorio, y el informe del auditor cuando la sociedad esté obligada a auditoría por disposición legal o ésta se hubiese acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento en el Registro Mercantil.

DENOMINACIÓN SOCIAL

- R. 6 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7344)**
- R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8913)**
- R. 2 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9202)**
- R. 27 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9289)**

R. 28 julio 2020 (BOE 213, 7-VIII-20: 9373) Aplican la doctrina consolidada de que en el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no sólo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúen la impresión de tratarse de la misma denominación ("cuasi-identidad"). Esta cuestión eminentemente fáctica y su resolución depende de las circunstancias de cada caso. Su desarrollo normativo se contiene en el artículo 408 RRM. El fin último de la prohibición es identificar con seguridad a la sociedad.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 6 marzo 2020 estima el recurso contra la calificación del RMC que había denegado la reserva de la denominación "Eversia, SA", dada la existencia de las denominaciones ya registradas "Evergia, SL", "Herversi, SL", "Ibersia, SL" y "Reversia SL". Pese a la semejanza gráfica y fonética entre las denominaciones del supuesto calificado, las mínimas diferencias gramaticales son suficientes para entender que se trata de denominaciones claramente distinguibles.

-La R. 12 junio 2020 deniega la reserva de la denominación "Unex, SL", por considerarla idéntica a "Unex, SA". El artículo 408-3 RRM dispone que para apreciar si existe o no identidad entre denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social.

-La R. 2 julio 2020 desestima el recurso contra la negativa a reservar la denominación "Smarttia, SL" (solicitada por Smarttia Spain SL), que el Registrador Mercantil Central había considerado idéntica a la ya existente "Esmartia, SL". Las diferencias gramaticales entre ambas denominaciones son mínimas. La semejanza gráfica y fonética entre ellas incurre en el supuesto de identidad contemplado en el artículo 408-1-3ª RRM.

-La R. 27 julio 2020 estima el recurso contra la negativa a reservar la denominación "ASC@Energy, SL", que el Registrador Mercantil Central había considerado idéntica a las ya existentes "AS Energy, SL", "AQS Energías, SL", "ART Energy, SL" y "Arsenergy, SL". Pese a la semejanza gráfica y fonética, las mínimas diferencias gramaticales son suficientes para entender que se trata de denominaciones claramente distinguibles.

-La R. 28 julio 2020 confirma la calificación que había denegado la reserva de las denominaciones "MJI Inversiones Patrimoniales, SL" e "Inversiones Patrimoniales MJI, SL" (solicitada por MJI Ingeniería Ambiental y de Energía Renovable SL), por considerarlas el Registrador Mercantil Central idénticas a las ya existentes "Inversiones Patrimonia-

les, SA", "MMC Inversiones Patrimoniales, SL" y "DLI Inversiones Patrimoniales, SL". Ciertamente el orden de los términos empleados no es relevante a la hora de calificar la denominación. Sin embargo, la Dirección no comparte el otro obstáculo señalado por la calificación: la partícula "MJI" es suficiente para destruir la apariencia de identidad con las citadas denominaciones preexistentes, de modo que no se aprecia suficiente semejanza gráfica o fonética para inducir a error entre ellas.

R. 19 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15777)

Admite la reserva de la denominación "Hit Healthy Indoors Technologies, SL", que el registrador mercantil central había denegado al considerar "Hit" como denominación abreviada o siglas del resto de las palabras que constituyen la denominación social.

Ciertamente el artículo 398-2 RRM prohíbe que las siglas o denominaciones abreviadas formen parte de la denominación, salvo las indicativas del tipo de sociedad. Sin embargo la Dirección interpreta restrictivamente esta prohibición: la partícula cuestionada no sólo puede entenderse como suma de las siglas del resto de la denominación, sino que tiene su significación propia. La palabra "hit" en inglés significa "golpe", "acierto", "éxito", "impacto"; y aparece unida al resto de las palabras que conforman la denominación debatida con el significado de "tecnologías saludables para interiores".

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

R. 30 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12239)

Deniega la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad limitada, en la que se adjudican bienes determinados en pago de la cuota de liquidación de los socios. No hay consentimiento unánime de los socios al pago "in natura", porque una socia considera que los bienes adjudicados no cubren el valor de su cuota: si bien acepta las fincas que se le adjudican, se opone a la valoración que se les asigna, no acepta que subsista su obligación de pagar una deuda determinada que mantiene con el resto de los socios, y se reserva el ejercicio de acciones contra ellos y la administradora.

Cuando la cuota de liquidación no se satisface en dinero, sino mediante la adjudicación de bienes concretos, es necesario el acuerdo unánime de los socios adoptado una vez que se haya determinado el haber líquido partible y la forma de realizar la división entre los socios, siempre que se haya aprobado por la junta el proyecto de liquidación (artículo 393 LSC).

R. 26 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15921)

Deniega la inscripción de una escritura en la que se elevan a público los acuerdos de junta de una limitada por los cuales: cesan las dos liquidadoras mancomunadas; se nombra como liquidadora única a una de las que han cesado (que mantiene discrepancias con la saliente); se aprueba el balance de liquidación, el proyecto de división del haber social y las adjudicaciones a los socios, las cuales incluyen bienes, derechos y dinero. En la escritura se realizan las adjudicaciones en la forma acordada por la junta. No consta el consentimiento de una de las socias (que es también la liquidadora saliente) a que parte de su cuota de liquidación sea extradineraria.

Es doctrina reiterada que el proyecto o propuesta de división del activo resultante debe ajustarse a los artículos 391 a 394 LSC: los socios



Resoluciones

tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación, salvo que se acuerde unánimemente la adjudicación de bienes concretos; pero este acuerdo unánime deberá ser adoptado una vez que se haya determinado el haber líquido partible así como la forma de realizar su división; y siempre que se haya aprobado el proyecto de liquidación por la junta.

Por otro lado, dadas las discrepancias entre las administradoras mancomunadas, tampoco consta que la convocatoria de la junta se haya realizado por ambas; ni en consecuencia, que las dos hayan formulado la manifestación relativa a que la convocatoria fue remitida a cada socio por correo certificado con acuse de recibo y con antelación de al menos 15 días desde la fecha de remisión al último de los socios; ni la transcripción del texto íntegro de la convocatoria, con las menciones legales de identidad de la sociedad, momento y lugar de la junta, orden del día y cargo de quien realiza la convocatoria.

EXCLUSIÓN DE SOCIOS

R. 5 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8809)

Confirma la calificación del registrador Mercantil que deniega cancelar la inscripción de nombramiento de auditor de una sociedad y en consecuencia, admitir el depósito de las cuentas no auditadas.

Inicialmente la sociedad estaba formada por dos únicos socios al 50. El nombramiento de auditor fue solicitado en su día por uno de ellos. Ahora quien suscribe la solicitud calificada es el otro socio -y administrador único-, quien manifiesta su condición de único socio alegando que el socio que instó el nombramiento ha sido excluido de la sociedad por sentencia firme.

La determinación de cuándo el socio legalmente excluido deja de ser socio es un problema no resuelto legalmente. Para la Dirección, no puede entenderse que desde que la exclusión ha sido confirmada por sentencia firme el socio haya quedado automáticamente convertido en un mero acreedor de la sociedad por la cuota de liquidación, pues tal efecto sólo se produce en el momento en que comienza el pago de dicha cuota liquidativa. Por ello, como conserva derechos de carácter económico, debe estimarse que hasta ese momento tiene interés en el nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad. Y no es cierto que esto suponga dejar la culminación del procedimiento de exclusión al arbitrio del socio excluido, como afirma el recurrente, pues el artículo 356 LSC atiende también a los intereses de la sociedad, quien puede quedar liberada de su obligación de pago mediante la consignación de dicha cantidad en una entidad de crédito en la forma establecida en dicho artículo.

JUNTA DE SOCIOS

R. 22 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6381)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad anónima, porque la convocatoria para la celebración de la junta que las aprobó se publicó un 29 de mayo, y la junta se celebró el 27 de junio siguiente. No ha transcurrido aún el plazo de 30 días establecido al efecto en el artículo 176 LSC.

R. 12 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6669)

Admiten la inscripción de la disposición estatutaria de una sociedad limitada que permite la convocatoria de junta general por uno cualquiera de los dos administradores mancomunados. El registrador entiende que una previsión de este tipo infringe el artículo 171 LSC y que desnaturaliza la modalidad o estructura del órgano de administración.

Por el contrario, la Dirección considera que en el ámbito de las relaciones internas de la sociedad, debe admitirse el amplio juego de la autonomía de voluntad a la hora aplicar el artículo 166 LSC. No se infringen normas imperativas sobre el capital social, responsabilidad frente a terceros, derechos de las minorías, poder y competencia del órgano de administración. La cláusula debatida incluso facilita la convocatoria de la junta.

R. 5 febrero 2020 (BOE 177: 26-VI-20: 6784)

R. 5 febrero 2020 (BOE 177: 26-VI-20: 6787)

Considera inscribible en el Registro Mercantil la estipulación estatutaria según la cual la asistencia personal a la junta por parte del representado no tendrá valor de revocación de la representación conferida. El registrador considera contravenido el artículo 185 LSC, según el cual la asistencia personal del representado tendrá valor de revocación. Pero la Dirección interpreta la cláusula debatida en el sentido más adecuado para que produzca efectos, que no es contravenir las prohibiciones legales de establecer la irrevocabilidad (185 "in fine") y de asistir conjuntamente el socio en cuanto a algunas de sus participaciones y el representante en cuanto a las demás (183-3), sino entender que lo que se pretende es autorizar la asistencia conjunta de representante y representado si bien con legitimación de uno solo de ellos para ejercitar los derechos de socio (181-1).

No obstante la inscripción de la escritura de constitución calificada se deniega porque el objeto social incluye -entre otras actividades- la gestión y administración de valores representativos de fondos propios de entidades. Es preciso determinar expresamente que la sociedad no realiza ninguna actividad de servicios de inversión, lo cual la sujetaría a la regulación y requisitos del RD-Leg 4/2015 LMV y al RD 217/2008 sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión: necesidad de autorización administrativa, inscripción en el registro de la CNMV y expresión en la denominación social del tipo de empresa de inversión que corresponda.

R. 26 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7191)

Deniega la inscripción de acuerdos sociales de una junta: cuya presidente proclama válidamente constituida como junta universal; cuyos asistentes aceptan en ese momento la celebración de la junta y que la misma tenga lugar en el lugar de la convocatoria, que es término municipal diferente al del domicilio social; si bien en el momento de acreditar la representación de una de las socias, se deniega el derecho de voto a su representante por entender que el poder no cumple con los requisitos del artículo 183 LSC.

Es doctrina consolidada que corresponde a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes, emitir la declaración sobre la válida constitución de la junta, determinando qué socios asisten presentes o representados y cuál es su participación en el capital, lo cual implica que previamente ha tomado una decisión sobre las posibles reclamaciones. Ciertamente las manifestaciones u observaciones de los demás



asistentes no pueden tener el mismo valor registral que las del presidente; pero eso tampoco significa que el registrador quede vinculado de modo absoluto por las mismas, hasta el punto de que deba desconocer la realidad de la junta amparada bajo fe notarial. El registrador no estará vinculado por las declaraciones del presidente cuando la declaración de éste resulte contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil, poniéndose de manifiesto una situación de conflicto que patentice la falta de legalidad y acierto de la declaración.

Así en el supuesto resuelto, si el presidente niega legitimación al apoderado para ejercitar el derecho de voto correspondiente al socio representado, no se puede considerar que la junta se constituya con carácter universal (178 LSC). No es posible entender que una representación es suficiente para consentir la celebración de la junta en término municipal diferente al del domicilio, y al mismo tiempo entender que es insuficiente para ejercitar el derecho de voto en ella.

R. 20 marzo 2020 (BOE 200, 23-VII-20: 8401)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de junta de una sociedad anónima, porque falta de constancia de la fecha y el modo que fue convocada la junta. En la certificación de los acuerdos se menciona que la convocatoria de junta se realizó en determinada reunión de consejo de administración; y que hubo un posterior complemento de convocatoria relativo a una ampliación del orden del día, que se notificó por el presidente a los socios mediante correo electrónico. Por su parte los estatutos exigen anuncio publicado en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia. Dado el carácter normativo de los estatutos y su imperatividad, la convocatoria habrá de realizarse en la forma estrictamente prevista en ellos.

R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9047)

Deniega la inscripción de acuerdos de junta porque, exigiendo los estatutos que la convocatoria se haga mediante "correo certificado con acuse de recibo", la convocatoria se ha realizado mediante un operador privado, concretamente a través de burofax postal tramitado por la plataforma de comunicación "Notificad@s".

Dado el carácter normativo de los estatutos y su imperatividad, la convocatoria habrá de realizarse en la forma estrictamente prevista en los estatutos. Únicamente las notificaciones efectuadas por el prestador del servicio postal universal ("Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA") gozan de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega (artículo 22-4 Ley 43/2010). La actuación de un operador distinto al universal queda sujeta a las normas de derecho privado (artículo 39 RD 1829/1999 de prestación de servicios postales); y no tiene el plus de fehaciencia que se precisa en los campos notarial y registral, si bien su autenticidad podrá ser admitida y valorada en el seno de un procedimiento judicial.

R. 18 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9067)

Declara ajustada a Derecho una convocatoria de junta para ser celebrada en determinada ciudad italiana, permitiendo los estatutos que la junta pueda celebrarse "en cualquier lugar de España o del extranjero".

Ciertamente es doctrina consolidada sobre lugar de celebración de la junta que la disposición contraria de los estatutos permitida por el artículo 175 LSC no puede suponer ausencia total de límite para fijar el lugar de reunión, de modo que el lugar de celebración quede en absoluta indeterminación que faculte al administrador a llevar a cabo la convocatoria en cualquier lugar. Es imprescindible que los estatutos posibiliten al socio un mínimo de predictibilidad y le garanticen la posibilidad de asistir personalmente.

Lo que ocurre es que en el caso resuelto la redacción del precepto estatutario transcrito se formula bajo la aplicación del antiguo artículo 47 LSRL-1995, cuyo contenido es idéntico al actual 175 LSC. Esta circunstancia obliga a respetar el contenido de los estatutos, que fueron calificados en su día al amparo de la norma entonces vigente y se encuentran protegidos por el principio de legitimación del artículo 20-1 Ccom.

También se desestima el defecto consistente en que la convocatoria de junta viene firmada por el vicepresidente del consejo, constando del Registro Mercantil la renuncia del presidente. Aunque esta eventualidad no está expresamente prevista en los estatutos y ciertamente no hay una regulación legal completa del cargo de vicepresidente, cabe deducir que su función es actuar en sustitución del presidente cuando por causa justificada no pueda hacerlo éste.

No obstante, se deniega la inscripción de los acuerdos de junta calificados, porque consistiendo uno de ellos en una modificación sustancial del objeto social, no se ha tenido en cuenta la previsión del artículo 206-1 RRM en relación al 346 LSC, respecto del derecho de separación del socio en caso de modificación del objeto.

R. 23 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13757)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de junta convocada por sólo dos de los tres administradores mancomunados. La junta acuerda cesar a la administradora no convocante, aunque no era un asunto comprendido en el orden del día, el cual sí comprendía el otro acuerdo adoptado referido a la modificación del régimen de transmisión mortis causa de las participaciones sociales. La administradora no convocante es también socia y asistió por medio de representante a la junta, haciendo uso de su derecho legal de separación como consecuencia de la adopción de esta último acuerdo (artículo 346-2 LSC).

La junta no está correctamente convocada, pues en los casos de administración mancomunada la convocatoria de junta, que es una competencia interna, debe realizarse conjuntamente por todos los administradores. La posibilidad de intervención de un número menor es sólo para representar a la sociedad externamente. Cabría incorporar a los estatutos una regla específica que permitiese convocar a este número menor de administradores, pero tal previsión debería ser expresa. Tampoco es un argumento atendible entender que el defecto de convocatoria habría quedado subsanado por haber asistido a la junta el representante de la administradora y socia no convocante, porque el representante lo es de la socia pero no puede serlo de la administradora. Y por último, tampoco cabe entender que el defecto de convocatoria quede subsanado por la asistencia de todos los socios a una junta universal, ya que según la STS 19 abril 2016, para que una junta sea universal no basta con que esté reunido todo el capital social, sino que tiene que haber previo acuerdo unánime de constituirse en junta y de tratar determinados puntos del orden del día. En este caso

no resulta del acta de la junta, ni el acuerdo unánime de constituirse como junta universal, ni el de incluir en el orden del día el cese de la administradora no convocante.

Sin embargo, el recurso se estima y se admite la inscripción en virtud de la doctrina jurisprudencial basada en los principios de buena fe y de congruencia con los actos propios, que se manifiesta en el artículo 206-5 LSC, el cual niega la legitimación para la impugnación de acuerdos al socio que, habiendo tenido la ocasión de denunciar los defectos de forma en el proceso de adopción del mismo, no lo hubiera hecho en el momento oportuno (que la Dirección interpreta como en el comienzo de la reunión y a requerimiento expreso de la mesa de la junta). En el caso resuelto la junta se desarrolla sin que el representante de la socia no asistente haya cuestionado la regularidad de la convocatoria, pues no resulta del acta su oposición a la celebración, sobre todo teniendo en cuenta que tras el requerimiento del presidente nadie haya formulado protesta o reserva alguna, y que el acta se haya firmado y aprobado también por el representante de la socia no asistente. El hecho de que la socia -a través de su representante- haga uso del derecho legal de separación, muestra que acepta la validez de la junta.

R. 19 noviembre 2020 (BOE 319: 7-XII-20: 15775)

R. 19 noviembre 2020 (BOE 319: 7-XII-20: 15774)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta de una limitada, en junio de 2020, por escrito y sin sesión (es decir, sin constitución formal de junta), indicando que se hace conforme a la previsión de los apartados 1 y 2 del artículo 40 RD-Ley 8/2020 de medidas urgentes frente a la COVID-19 (en su redacción originaria, que es la aplicable al supuesto).

No existiendo previsión en tal sentidos en los estatutos de la sociedad, la posibilidad de adoptar acuerdos por escrito y sin sesión es admitida por el artículo 40-1 sólo para los “órganos de gobierno y administración” de sociedades, cooperativas, asociaciones y fundaciones, pero no para la junta general. Ciertamente el epígrafe del artículo 41 se refiere a los “órganos de gobierno”, pero sólo respecto de las sociedades anónimas cotizadas. Esta conclusión se ha visto confirmada por el nuevo párrafo añadido al artículo 40-1 (por la disposición final 1-13 del RD-Ley 11/2020), que permite que, aunque no lo prevean los estatutos, las juntas generales de socios puedan celebrarse durante el período de alarma por vídeo o por conferencia telefónica múltiple. Tal precisión no hubiese sido necesaria si la referencia a los “órganos de gobierno” del artículo 40-1 incluyera a la junta. Por último, no puede olvidarse que las normas excepcionales no se aplican a supuestos ni momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (artículo 4-2-Cc).

Además, consta que han comparecido en la misma notaría dos socios y han otorgado acta de requerimiento haciendo constar que se oponen a que los acuerdos se adopten por escrito y sin reunión, considerando nula la junta. Los estatutos de la sociedad no prevén esta forma de adoptar acuerdos; pero es que aunque la previesen, en el supuesto no se han cumplido los requisitos de convocatoria legales y estatutarios, sin que tampoco se pueda considerar la junta como universal, ya que para ello no basta con que todos los socios hayan asistido, sino que además deberían haber aceptado unánimemente el orden del día.

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16480)

Deniega la inscripción de los acuerdos de junta de una sociedad anónima, en cuyo orden del día figura una modificación estatutaria; en concreto, una aumento de capital social. Una socia minoritaria vota en contra del acuerdo. La convocatoria no contiene alguna de las menciones exigidas por el artículo 287 para la modificación de estatutos: derecho de los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación -y además, al tratarse de una anónima, el informe sobre la misma-, así como el derecho a pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos.

El derecho de información del socio es instrumental al derecho de voto, imperativo, irrenunciable y unitario, por lo cual su infracción vicia la convocatoria de la junta e invalida sus acuerdos. Sin embargo tan rigurosa doctrina debe mitigarse, debido a los devastadores efectos de la nulidad, entendiéndose que los defectos meramente formales de escasa relevancia pueden orillarse en casos concretos, siempre que no se comprometan los derechos individuales del accionista o socio, en la línea del artículo 204-3 LSC, que declara improcedente la impugnación de acuerdos sociales por la infracción de requisitos meramente procedimentales. Ahora bien, esta mitigación no puede resultar aplicable en aquellos supuestos en que la convocatoria omite en su totalidad el régimen de protección específico del derecho de información.

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

R. 9 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12834)

Deniega la inscripción de una escritura de fusión por absorción de dos sociedades limitadas. En primer lugar, por infracción del principio de realidad del capital social, el cual impide la creación de nuevas participaciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. En el supuesto resuelto la sociedad absorbida tiene 6.550 participaciones en la absorbente. Para fijar el nuevo capital social de la sociedad absorbente tras la fusión, estas participaciones se han valorado según el valor que tenían en la contabilidad de la sociedad absorbida, que es aproximadamente el doble del valor asignado en el balance de la sociedad absorbente que sirve de base a la fusión. En consecuencia, hay una excesiva valoración del patrimonio real de la sociedad absorbida. En las operaciones de fusión, el artículo 25 LME ordena estar al valor real de los respectivos patrimonios, de modo que el valor patrimonial de la absorbida no puede determinarse valorando las participaciones que tiene en la absorbente por el valor en que las tiene contabilizadas en su balance, sino por el valor que les corresponden en el balance de fusión.

El segundo defecto es la falta de constancia de la fecha de comunicación del acuerdo de fusión a los acreedores, a los efectos de los artículos 44 LME y 227 RRM. En la escritura se manifiesta que el acuerdo fue notificado individualmente a los acreedores y que ha transcurrido el plazo de un mes sin que haya habido oposición de ninguno de ellos, pero la única forma de que el registrador pueda calificar este extremo es que conste la fecha en que se ha efectuado la última comunicación a los acreedores.

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16481)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial de una sociedad limitada, con transmisión en bloque y por sucesión universal en favor de otras dos



sociedades de nueva creación. En la escritura consta que el proyecto de escisión se aprobó en junta de 31 de diciembre de 2019; y que la escisión fue aprobada en junta de 5 de marzo de 2020. Los anuncios del acuerdo de escisión se publicaron en el BORME y en el diario correspondiente entre ambas fechas.

La Dirección confirma la calificación del registrador, quien considera que las publicaciones de los anuncios de escisión no pueden ser anteriores a la fecha de la junta que aprueba la propia escisión (que en el supuesto no fue la primera, sino la segunda junta). La finalidad de la publicación es que los acreedores puedan pedir el texto íntegro del acuerdo adoptado y así poder ejercitar justificadamente su derecho de oposición. Lo que se aprobó en la primera de las juntas fue sólo el proyecto de escisión, pero no la operación en sí, ni la reducción de capital de la sociedad escindida, ni la creación de las sociedades beneficiarias, con las menciones legalmente necesarias para su constitución.

En consecuencia, no es suficiente con las publicaciones realizadas sobre la base del acuerdo que se limitaba a aprobar el proyecto de escisión, porque los acreedores podrían creer erróneamente que sólo tienen derecho de oposición si sus créditos son anteriores a la fecha de dicho acuerdo.

Por todo lo anterior, es necesario publicar nuevos anuncios. Y transcurrido un mes desde la última publicación, deberá constar en la escritura nuevamente la manifestación del otorgante de que han sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43 de la LME 3/2009, y la declaración sobre la inexistencia de oposición a la escisión por parte de los acreedores o, en su caso, la identidad de los que se hubiesen opuesto (artículos 43, 44 y 73 LME; 227 y 235 RRM)

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL

R. 7 enero 2020 (BOE 253, 23-IX-20: 11099)

Deniegan el depósito de cuentas de una sociedad, porque su hoja en el Registro Mercantil se halla cerrada por constar nota marginal de publicación en el BOE de la revocación del NIF social, de la que resulta que en lo sucesivo no puede practicarse inscripción alguna salvo que se rehabilite el NIF o se asigne uno nuevo (adicional sexta LGT, añadida por la Ley 36/2006 de prevención del fraude fiscal). El efecto de cierre total de la hoja social es el mismo que en el supuesto de baja provisional en el Índice de Entidades, si bien la práctica y cancelación de las correspondientes notas en ambos supuestos se hace en virtud de títulos diferentes.

R. 15 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11910)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de una reducción de capital social cuya finalidad es restituir el valor de sus aportaciones a uno de los socios, que es una sociedad extranjera domiciliada en Estados Unidos de la cual no se hace constar el NIE.

El artículo 38 RRM exige la constancia del número de identificación fiscal cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria. La obligación de obtenerlo para las entidades que vayan a tener relaciones con trascendencia tributaria resulta de los artículos 18 y 23 RD 1065/2007 (Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria) con independencia de su nacionalidad. La escritura calificada contiene un acto cuya trascendencia tributaria radica

por ejemplo, en la obligación de pagar el impuesto de transmisiones patrimoniales establecida en el artículo 62-b de su Reglamento para los socios que reciban bienes y derechos en la reducción de capital social.

NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES

R. 30 octubre 2020 (BOE 307, 23-XI-20: 14751)

Admite la cancelación de asientos posteriores contradictorios ordenada por sentencia que anula los acuerdos de determinada junta general. El registrador sólo accede a cancelar los acuerdos propiamente anulados (cese de administradores mancomunados, cambio de sistema de administración y nombramiento de administrador solidario), pero no los posteriores que no se determinan.

Es doctrina consolidada que en el derecho societario, la declaración de nulidad de acuerdos sociales no tiene siempre los radicales efectos del orden civil, pues además de los intereses de las partes del negocio entran en juego otros intereses merecedores de amparo, como la conservación de la empresa, la seguridad jurídica y los derechos de los acreedores y los terceros eventualmente protegidos. Para que el registrador pueda cancelar asientos posteriores que puedan resultar incompatibles con el anulado, es preciso: una declaración judicial de cuáles hayan de ser esos asientos; o, al menos, un pronunciamiento que permita identificarlos debidamente por resultar indubitado que se fundamenten en el acuerdo anulado, es decir, que reflejen actos que lo ejecuten o que partan de la situación por él creada. No obstante, tampoco debe caerse en un rigor formalista injustificado cuando no quepa duda sobre el alcance cancelatorio, máxime teniendo en cuenta que, según el artículo 521 LEC, las sentencias constitutivas firmes no siempre tienen que ir acompañadas de un mandamiento de ejecución de su contenido. Por todo ello, la determinación de qué asientos posteriores deben ser cancelados exige que resulte clara la contradicción; pues en otro caso, corresponderá a los interesados, pidiendo la ejecución de la sentencia; y si no lo hacen, deberán ser los administradores, como obligados a instar los acuerdos necesarios para la regularización de la sociedad, los que convoquen junta a tal efecto.

En este supuesto hay una circunstancia esencial: en fase ejecución provisional y no siendo aún firme la sentencia, se había tomado anotación preventiva de cancelación, no sólo del acuerdo social impugnado, sino también sobre los que motivaron las inscripciones posteriores cuya cancelación se pretende. Tal anotación preventiva es también un asiento ya practicado y bajo la salvaguardia de los tribunales, cuya eficacia debe operar mientras no se declare judicialmente su inexactitud.

SOCIEDAD IRREGULAR

R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13549)

R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13551)

Deniega el depósito de cuentas correspondiente a 2019 por falta de depósito de cuentas del ejercicio 2018. La escritura de constitución social se otorgó en diciembre de 2018, los estatutos disponen que la sociedad daría comienzo a sus operaciones el mismo día del otorgamiento de la escritura, la cual no se inscribió en el Registro Mercantil hasta enero de 2019.

Es doctrina consolidada que la sociedad mercantil no inscrita tiene personalidad jurídica abstracta para adquirir bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones. Según el artículo 33 LSC, la inscripción en el Registro Mercantil es necesaria para adquirir “su” especial personalidad, es decir la correspondiente al tipo social elegido (que en el caso de las limitadas supone limitar la responsabilidad de los socios y excluir la responsabilidad solidaria de los administradores). En aplicación concreta de esta doctrina general, la Dirección exige el depósito de las cuentas sociales desde el ejercicio de la constitución de aquéllas sociedades cuyos estatutos señalan tal fecha como la de comienzo de sus actividades, aunque no se hubieran inscrito aún.

Así, en el concreto supuesto objeto de esta resolución, la sociedad debe presentar los documentos contables correspondientes a 2018, aunque su contenido se ajuste a la manifestación del recurrente de no haber realizado actividad mercantil alguna hasta 2019.

SUBSANACIÓN

R. 5 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14910)

Se presenta telemáticamente en el Registro Mercantil una escritura de declaración de unipersonalidad y cambio de administrador, que fue calificada negativamente por falta de provisión de fondos para la publicación en el BORME. Para subsanar el defecto y vigente el asiento de presentación, el notario remite telemáticamente una diligencia de subsanación acreditativa del pago de dicha provisión. El registrador deniega el asiento de presentación de la diligencia de subsanación, en tanto no se vuelva a presentar la escritura que se subsana.

En este caso no consta que el documento presentado telemáticamente haya sido retirado, por lo que no es necesario que el mismo se vuelva a enviar; y en su caso, conforme al artículo 39-1 RRM, la aportación de la diligencia subsanatoria se hará constar por nota al margen del asiento de presentación.

TRANSMISIÓN Y EMBARGO DE PARTICIPACIONES SOCIALES

R. 6 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6789)

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una limitada la cual dispone que, notificado a la sociedad el inicio de un procedimiento de embargo de las participaciones de un socio, la sociedad y en su defecto los socios, podrán adquirir la totalidad de las participaciones embargadas por su valor razonable, entendiendo por tal el valor que resulte del último balance aprobado por la junta.

Esta cláusula estatutaria modaliza el derecho previsto para el caso de embargo de participaciones en el artículo 109 LSC. Las modificaciones que introduce respecto de la regulación legal son admisibles sobre la base del principio de autonomía de voluntad (artículo 28 LSC). No hay norma que prohíba que el derecho de adquisición se ejercite al inicio del procedimiento de embargo, es decir en una fase anterior al momento de la suspensión del remate previsto en la ley. Por otro lado, tampoco hay obstáculo legal que prohíba que el valor de la adquisición sea el razonable resultante del último balance aprobado por la junta.

R. 27 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7194)

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria de una limitada la cual dispone que, notificado a la sociedad el inicio de un procedimiento de embargo de las participaciones de un socio, la sociedad y en su defecto los socios, podrán adquirir la totalidad de las participaciones embargadas por su valor razonable, entendiendo por tal el valor que resulte del último balance aprobado por la junta.

Esta cláusula estatutaria modaliza el derecho previsto para el caso de embargo de participaciones en el artículo 109 LSC. Las modificaciones que introduce respecto de la regulación legal son admisibles sobre la base del principio de autonomía de voluntad (artículo 28 LSC). No hay norma que prohíba que el derecho de adquisición se ejercite al inicio del procedimiento de embargo, es decir en una fase anterior al momento de la suspensión del remate previsto en la ley. Por otro lado, tampoco hay obstáculo legal que prohíba que el valor de la adquisición sea el razonable resultante del último balance aprobado por la junta.

También se desestima la calificación negativa de otras dos cláusulas estatutarias. En primer lugar, la cláusula que priva del derecho de voto en acuerdos que exijan mayoría reforzada a las participaciones embargadas en tanto no sean transmitidas, es admisible dada la flexibilidad del régimen jurídico de la sociedad limitada, con admisión expresa de creación de privilegios respecto del derecho de voto (artículos 98 y siguientes y 188-1 LSC). Por último, también es inscribible la cláusula que prevé que las votaciones en la junta se harán a mano alzada, salvo cuando la votación deba ser secreta por decisión del presidente o petición de la mayoría de los asistentes, excepto en los supuestos en que dicha votación secreta no sea legalmente posible. Es precisamente esta última excepción lo que permite salvar los posibles inconvenientes de la votación secreta, que habían motivado la calificación negativa. Así, el registrador había señalado que la votación secreta puede dificultar la verificación de la capacidad o legitimación para votar, la determinación de la legitimación del disidente para impugnar los acuerdos sociales, o la identificación de los disidentes para ejercer su derecho de separación.

R. 23 noviembre 2020 (BOE 322, 10-XII-20: 15916)

Deniega la inscripción de la cláusula estatutaria de una limitada la cual dispone que, notificado a la sociedad el inicio de un procedimiento de embargo de las participaciones de un socio, la sociedad y en su defecto los socios, podrán adquirir la totalidad o parte de las participaciones embargadas por su valor razonable, entendiendo por tal el valor que resulte del último balance aprobado por la junta. También se dice: que el pago podrá aplazarse 5 años; y que, en el caso de no ejercitarse el derecho de adquisición preferente por la sociedad ni por ninguno de los socios, se estará a lo dispuesto en un pacto social extraestatutario en materia de exclusión de socios.

En general, es admisible la cláusula que, en caso de notificarse a la sociedad el inicio de un procedimiento de embargo de las participaciones de un socio, permite a la sociedad y en su defecto a los socios, adquirir todas las participaciones embargadas por su valor razonable. Una cláusula de este tipo modaliza el derecho previsto para el caso de embargo de participaciones en el artículo 109 LSC. Las modificaciones que introduce respecto de la regulación legal son admisibles sobre la base del principio de autonomía de voluntad (artículo 28 LSC). No hay norma que prohíba que el derecho de adquisición se ejercite al



inicio del procedimiento de embargo, es decir en una fase anterior al momento de la suspensión del remate previsto en la ley. Por otro lado, tampoco hay obstáculo legal que prohíba que el valor de la adquisición sea el razonable resultante del último balance aprobado por la junta.

Ahora bien, en el caso de esta resolución la se deniega inscripción porque la cláusula calificada contiene tres concretas previsiones incompatibles con la Ley. En primer lugar, permite que, en ejercicio del derecho de adquisición, puedan ser adquiridas sólo parte de las participaciones, lo cual agrava la posición del actor en el procedimiento y es contrario al artículo 108-2 LSC, que declara nula la cláusula por la que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas. En segundo lugar, tampoco se admite la cláusula debatida en cuanto prevé que el pago del valor razonable de las participaciones adquiridas pueda aplazarse 5 años, lo cual excede del plazo de dos meses establecido por el artículo 356-1 LSC para reembolsar al socio excluido el valor de sus participaciones, que la Dirección entiende aplicable, dadas las analogías entre la transmisión forzosa y la exclusión del socio. En tercer lugar, también se rechaza la previsión de que, en el caso de no ejercitarse el derecho de adquisición preferente por la sociedad ni por ninguno de los socios, se estará a lo dispuesto en un pacto social extraestatutario en materia de exclusión de socios; ya que únicamente cabe excluir al socio por las causas legalmente tasadas o por las establecidas expresamente en los estatutos (artículos 350 y 351 LSC).

SUCESIONES

A FAVOR DEL ESTADO Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

R. 16 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9059)

Suspende la inscripción a nombre de la Generalitat Valenciana de unos inmuebles adquiridos por sucesión intestada, por infracción de los trámites esenciales del procedimiento.

Ciertamente el artículo 43-3 Ley 14/2003 de Patrimonio de la Generalidad Valenciana dispone que, en caso de sucesión intestada de causante valenciano y a falta de personas con derecho a heredar, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalitat. Ciertamente el desarrollo procedimental actual se encuentra en el D 20/2019, cuya transitoria única prevé su aplicación a todos los expedientes en tramitación a la fecha de su entrada en vigor. Lo que ocurre es que en el supuesto resuelto, a la fecha de entrada en vigor del citado decreto, ya había recaído resolución de terminación del expediente de declaración administrativa de herederos abintestato y de aceptación de herencia. Por lo tanto, no es de aplicación el nuevo reglamento (que exige simplemente informe de la Abogacía y acta administrativa de toma de posesión de los bienes), sino el anterior D 47/2013, que exige auto judicial de declaración de herederos, acta de entrega e informe de la Abogacía.

R. 3 diciembre 2020 (BOE 329, 18-XII-20: 16476)

Deniega la inscripción de una resolución de la Dirección General de Patrimonio estatal por la que se adjudica una finca a sí misma, previa declaración del Estado como heredero abintestato. De la documentación presentada no resulta acreditada en el expediente la inexistencia de parientes con mejor derecho a la sucesión intestada del causante, si bien consta en la misma: que durante la tramitación se personaron

determinados parientes que alegaron tener derecho a ser reconocidos como herederos abintestato; pero que la Administración los tiene por renunciantes, ya que no han atendido el requerimiento que la misma les practicó dándoles un plazo para que, o bien solicitasen al Juzgado que anulase la resolución administrativa calificada y los declarase herederos, o bien comparecieran ante notario para renunciar a sus derechos hereditarios.

Es doctrina consolidada que en todas las declaraciones de herederos -judiciales, notariales o administrativas-, el registrador debe contar con todos los particulares necesarios para su calificación, incluyendo los que permitan la determinación individualizada de los llamamientos hereditarios operados por la ley. Por otro lado, en el expediente administrativo de declaración de heredero abintestato a favor del Estado, constituye un trámite esencial la prueba de la ausencia de los parientes con derecho a heredar previstos en los artículos 954 y 956 Cc.

La posibilidad de declarar heredero abintestato al Estado o Comunidades Autónomas mediante un procedimiento administrativo fue una novedad desjudicializadora introducida por la final duodécima de la LJV 17/2015, incluyéndose en consecuencia la declaración administrativa de heredero abintestato entre los títulos sucesorios enumerados en el artículo 14 LH. Para que herede el Estado se precisa en primer lugar declaración administrativa de heredero abintestato, que supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario; y después se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante y en su caso, recabar de la autoridad judicial la entrega de los que se encuentren bajo su custodia (artículo 20-1 Ley 33/2003). Ahora bien, en lo que no hay especialidad alguna es en la necesidad de acreditar plenamente la inexistencia de otras personas con derecho a heredar preferente al del Estado (artículo 20-6).

En el caso resuelto, no ha quedado acreditado -sino más bien al contrario- este presupuesto de la inexistencia de parientes llamados con preferencia. Y tampoco puede admitirse el planteamiento de tener a los parientes requeridos por renunciados. La declaración de herederos abintestato carece de eficacia constitutiva de la condición de heredero, que se tiene -o no- por el llamamiento que hace la ley (Ss TS 15 abril 2011, 16 junio 2011). Si al Estado le consta la existencia de parientes llamados, en tanto no se acredite su renuncia, debe abstenerse de dictar una resolución declarándose heredero. El artículo 1005 Cc es una norma procedimental al servicio de una regulación sustantiva, que reconoce en Derecho común al notario como único funcionario competente para realizar la "interpellatio iure".

ACTA DE HEREDEROS ABINTESTATO

R. 15 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6344)

Declara inscribible una escritura de herencia a la cual se acompaña copia completa del acta notarial de cierre de declaración de herederos abintestato (artículos 55-3 LN y 209 bis RN), que incorpora todos los datos necesarios a efectos de inscripción, relativos a la apertura de la sucesión, los particulares de la prueba practicada, la competencia del notario, las fechas de nacimiento y fallecimiento del causante, la ley reguladora de la sucesión, estado civil y cónyuge, número e identificación de los hijos, último domicilio del causante, expresión de los parientes concretos que gozan de la preferencia legal de órdenes y grados, con declaración nominativa de herederos abintestato siendo congruente el acta respecto del grupo de parientes declarados here-



Resoluciones

deros. No es preciso aportar el acta de requerimiento inicial para la declaración de herederos, que es lo que exigía el registrador.

La Dirección recuerda su doctrina sobre el distinto régimen para la constancia en los títulos de herencia, del testamento y la declaración de herederos abintestato como títulos sucesorios a los efectos del artículo 14 LH:

-En el testamento prevalece la voluntad del causante que constituye la ley de la sucesión, por ello, su calificación debe ser integral, como la de cualquier otro título inscribible, incluyendo no sólo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la capacidad del otorgante y la validez de sus cláusulas. Debe aportarse al Registro, bien sea en copia autorizada o en testimonio por exhibición, e incluso relacionado en la escritura de partición, pero en esta último caso no basta con que el notario relacione sucintamente sus cláusulas, sino que debe afirmar la exactitud de concepto entre lo relacionado y el original, con la expresa constancia de no existir cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto.

-Sin embargo, en la declaración de herederos lo relevante es la constatación de los hechos de los cuales deriva la atribución legal de derechos sucesorios; de modo que el notario podrá constatar documentalmente tales particulares, bien mediante una transcripción total o parcial de los mismos, bien mediante un testimonio en relación, los cuales quedan bajo la fe pública notarial, quedando satisfecha la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, siempre que resulten los elementos imprescindibles para la calificación.

En esta resolución se afirma expresamente que los procedimientos de declaración de herederos abintestato participan de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria; y que por ello les resulta aplicable la regla del artículo 22-2 LJV sobre ámbito de la calificación registral de los expedientes judiciales de jurisdicción voluntaria (que se concreta a la competencia del órgano, la congruencia del mandato con el procedimiento en que se hubiere dictado, las formalidades extrínsecas de la resolución, y los obstáculos que surjan del Registro).

R. 23 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6384)

Deniega la inscripción de una escritura de partición de herencia en la que se manifiesta que, cuando se expida copia auténtica de la misma, se acompañará copia del acta de declaración de herederos abintestato de la causante.

Si bien la Dirección recoge la misma doctrina expuesta a propósito de la resolución anterior, en este caso ni se acompaña copia autorizada del acta (sino meramente simple), ni el notario autorizante de la escritura hace transcripción total o parcial ni testimonio en relación, de forma que traslade los particulares necesarios para que la registradora pueda calificar los extremos del artículo 22 LJV.

COMUNIDAD POSTGANANCIAL

R. 12 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14921)

Se refiere y continúa el mismo supuesto que la R. 15 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9044). La testadora: legó a su esposo el usufructo universal y vitalicio; instituyó herederos a tres de sus cuatro hijos; al cuarto hijo le legó la nuda propiedad de dos fincas y "lo que le correspondiera por legítima estricta"; y dispuso que la legítima pudiera ser satisfecha por los herederos en metálico incluso extrahereditario. Ahora, fallecida la testadora, se deniega la inscripción de la escritura

de elevación a público del cuaderno de liquidación de su sociedad de gananciales, a cuyo otorgamiento han concurrido el viudo y los tres hijos herederos. Es precisa la intervención del cuarto hijo, legatario de su legítima estricta. La intervención de los legitimarios en la liquidación de la sociedad de gananciales se equipara a la que les corresponde en la liquidación de herencia. Es doctrina consolidada que la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para liquidarla y partirla, para que resulte que no se perjudica su legítima. En Derecho común la naturaleza de la legítima es la de una "pars bonorum".

Pues bien, la R. 12 noviembre 2020 se produce porque se presenta al Registro una escritura de constitución de hipoteca unilateral a favor de la Hacienda Pública, otorgada nuevamente por el viudo y los tres hijos herederos, sin intervención del cuarto hijo que es sólo legitimario. La inscripción se deniega por falta de tracto, el estar la finca inscrita todavía a nombre de la causante y su esposo. Para inscribir el título es necesario realizar la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de herencia de la titular. Entretanto existe una comunidad postganancial y hereditaria de la que no sólo forman parte el viudo y los herederos, sino todos los llamados a la sucesión por cuotas, lo que incluye a legitimarios y legatarios de parte alícuota. A esta comunidad le son aplicables las normas de la comunidad de bienes (artículo 406 Cc), de modo que no pueden realizarse actos dispositivos sin el consentimiento unánime de todos los partícipes (artículo 397 Cc).

DONACIÓN "MORTIS CAUSA"

R. 29 octubre 2020 (BOE 311, 27-XI-20: 15124)

R. 29 octubre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14903)

Deniegan la inscripción de una escritura de donación de nuda propiedad a los hijos de los cónyuges donantes, quienes establecen lo siguiente: que se reservan el derecho de usufructo vitalicio, simultáneo y sucesivo; que imponen a la parte donataria una prohibición de disponer durante toda la vida de los donantes sin el consentimiento de éstos; que establecen a su favor la libre facultad de reversión para determinados casos, pero que podrán ser libremente apreciados por los donantes; y que los donantes se reservan la facultad de disponer inter vivos y a título oneroso para el caso de necesidad, que también será libremente apreciada por ellos.

Los pactos que acompañan a la donación calificada, individual y aisladamente considerados, son válidos; pero contemplados en su conjunto implican que nos hallamos ante una donación "mortis causa", en la cual lo donado es una titularidad meramente formal.

Según la R. 28 julio 1998, los pactos de los artículos 639 y 641 Cc son de interpretación estricta, porque se presume que la voluntad de las partes es el enriquecimiento del donatario; de modo que no es posible interpretar que, pactada la reserva de la facultad de disponer (639), se haya pactado implícitamente la reversión al donante por su simple decisión (641).

La donación calificada permite su revocación "ad nutum" con una añadida prohibición de disponer que provoca el efecto de que, pese a la donación, los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado mientras vivan. Para el Derecho común las donaciones "mortis causa" en sentido estricto (a diferencia de las donaciones "inter vi-



vos” con eficacia “post mortem”, como serían los clásicos ejemplos de Antonio Gómez: “te doy tal cosa o dinero para que te sean pagados después de mi muerte”, o bien “te doy tal finca reteniendo el usufructo durante mi vida”) se rigen en todo por las reglas de los legados, han de otorgarse en forma testamentaria y no de donación, y son esencialmente revocables. En el título calificado lo que se ha plasmado en realidad es precisamente la revocabilidad, por lo que no puede acceder al Registro de la Propiedad.

EXTRANJEROS

R. 6 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7343)

Deniega la inscripción de un documento de partición de herencia otorgado ante notario francés por el representante de la madre del causante, como legitimaria, y por el legatario universal de los bienes. El causante falleció antes del 17 de agosto de 2015, de modo que su sucesión se rige por su ley nacional, que es la francesa. Concurren varios defectos.

El notario francés no hace declaración específica de la capacidad de los otorgantes, por lo que se confirma la exigencia de la calificación de que debe acreditarse la equivalencia material y formal entre el documento notarial otorgado fuera de España con el documento notarial español, lo que permitiría suponer adecuadamente reflejados los juicios de identificación, capacidad y suficiencia de la representación. Tampoco se aporta el acta de protocolización del testamento ológrafo que sirve de base a la sucesión. La adveración del testamento ológrafo es en España competencia exclusiva notarial, conduciendo la adicional tercera de la LJV 15/2015 y el artículo 60 LCJ 29/2015 también en esta cuestión al principio de equivalencia funcional, de modo debe probarse que con arreglo a Derecho francés el testamento ológrafo del causante es el que ha de regir su sucesión. Los dos defectos señalados pueden subsanarse mediante la adecuada prueba del Derecho extranjero, que puede realizarse por el informe a que se refiere el artículo 36 RH.

También deben aportarse: certificado de defunción del causante (apostillada y traducida, o en las otras formas simplificadas admitidas por las normas internacionales); certificado de últimas voluntades español (tratándose de sucesión abierta antes del 17 de agosto de 2015, es relevante que el notario francés manifiesta haber realizado consulta al fichero central notarial de últimas voluntades, del que resulta la inexistencia de otro testamento en Francia).

Por último, el título hace alusión a que el representante de la legitimaria interviene en ejercicio de un documento privado de poder; pero el artículo 1280-5 Cc (aplicable como ley del lugar donde se ejercitan las facultades conferidas, ex artículo 10-11 Cc) exige escritura pública para los poderes cuyo objeto sea un acto que deba redactarse en escritura pública. Finalmente, deben presentar su NIE tanto el legatario como la legitimaria, aunque esta última se declara compensada en metálico procedente de cuentas bancarias en Francia y no adquiere bienes en España.

R. 28 julio 2020 (BOE 212, 6-VIII-20: 9294)

Deniega la inscripción de la escritura de herencia de una causante española que tenía su residencia en Alemania, donde falleció en 2016. Debe aportarse documento alemán equivalente al certificado de últimas voluntades español.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada sobre aportación de certificado de últimas voluntades extranjero en sucesiones internacionales. Ciertamente, la R. 18 enero 2005 (sistema notarial), además de la obligación de aportar el certificado español de últimas voluntades, considera oportuno y prudente -casi obligado, si lo exigiere la “lex causae”- aportar certificado de algún registro equivalente del país de la nacionalidad del causante, siempre que exista. Sin embargo, la plena aplicación del RUE 650/2012 aconseja matizar esta doctrina. En cuanto no se complete la interconexión de los Registros de disposiciones sucesorias y de certificados sucesorios europeos de los Estados miembros, sólo será exigible acreditar la obtención de certificación diferente a la de nuestro Registro de Últimas Voluntades, cuando resulte aplicable a la sucesión una ley distinta a la española, sea o no la de la nacionalidad.

Así, en el supuesto resuelto, dado que el fallecimiento es anterior a la vigencia del RUE 650/2012, la ley aplicable a la sucesión es la alemana; y conforme a la anterior doctrina, es necesario aportar certificado del registro testamentario alemán central.

R. 28 julio 2020 (BOE 213, 7-VIII-20: 9371)

Deniega la inscripción de la herencia de una causante fallecida en 2019 con doble nacionalidad suiza y alemana, quien había otorgado testamento en España en 2016, en el cual: opta por la ley suiza (lugar de residencia) como ley aplicable a su sucesión; e instituye herederos de sus bienes en España a sus tres hijos. El bien inventariado es una finca inscrita por compra a nombre de la causante con sujeción a su régimen matrimonial, que en el título se manifestó ser el de participación legal en Derecho alemán. Se aporta un certificado de heredero emitido en Suiza del que resultan los hijos como únicos herederos.

Según la Dirección el derecho suizo reconoce al viudo el derecho a reclamar una legítima de la cuarta parte de la herencia, cuya mención no es imprescindible en el certificado de heredero. No obstante, la Dirección confirma el defecto apreciado por la calificación, que exige la justificación de la no comparecencia del viudo, lo cual implica acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable a la liquidación del régimen económico matrimonial y a la sucesión de la causante, incluyendo los requisitos mínimos exigibles al certificado de heredero. Tampoco se realiza un juicio de equivalencia funcional entre el título extranjero y el que emitiría la autoridad española.

Por lo demás, se reitera la doctrina consolidada sobre acreditación del Derecho extranjero. Igual que en el ámbito procesal, también debe ser objeto de prueba en los ámbitos notarial y registral, en cuanto a su contenido y vigencia. La acreditación se rige por el artículo 36 RH. Los medios de prueba previstos en esta norma son -entre otros- informe o aseveración de notario o cónsul español, o de diplomático o funcionario del país en cuestión. Notarios y registradores están obligados a determinar qué Ley nacional resulta aplicable, mediante la correspondiente norma de conflicto; pero no están obligados a conocer el Derecho extranjero, si bien pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia si aseguran conocerlo. Conviene a registradores y notarios avanzar en el conocimiento de los ordenamientos jurídicos extranjeros más usuales en la práctica jurídica en España, siendo útil a estos efectos la herramienta <https://e-justice.europa.eu>. La nueva regulación de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil no modifica ni afecta estas reglas de aplicación extrajudicial.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11322)

Deniega la inscripción de una escritura que contiene un pacto sucesorio con entrega de bienes en concepto de legítima y definición, al amparo de la Compilación balear. El pacto es celebrado entre extranjeros (donante italiano y donatario estadounidense), previa manifestación del donante de elegir la ley balear como ley de su residencia, al amparo del RUE 650/2012.

El artículo 50 de la Compilación balear establece: que la definición es un pacto sucesorio por el cual los descendientes pueden renunciar a su legítima en contemplación de alguna atribución o donación recibida del ascendiente con anterioridad; y que esta normativa se aplicará exclusivamente respecto de la futura sucesión de ciudadanos de vecindad civil balear (mallorquina) conforme a la costumbre histórica. El punto de conexión aplicable a este supuesto no es el de la vecindad civil, ya que los ciudadanos extranjeros no pueden ostentar una determinada vecindad civil española -como la balear-, por ser una cualidad reservada exclusivamente a españoles.

R. 28 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11327)

El causante, de nacionalidad francesa pero casado con española y residente en España, otorga testamento ante notario español en 2006, en el que: manifiesta estar casado en régimen de comunidad conyugal legal en Francia, residir habitualmente en Cataluña, tener nacionalidad francesa y estar sujeto por ello sujeta su sucesión al Derecho civil francés; y de conformidad con el mismo, lega a su único hijo lo que por legítima le corresponda, e instituye heredera universal a su citada esposa. El testador falleció en 2019. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia otorgada sólo por la viuda, que liquida la sociedad conyugal y se adjudica toda la herencia, manifestando que lo hace de conformidad con la ley de la residencia habitual del causante, que es la catalana, aplicable a la sucesión al haber fallecido el causante tras la entrada en vigor del RUE 650/2012.

La Dirección confirma la calificación según la cual el expresado testamento del causante supone de hecho una "professio iuris", de conformidad con el artículo 83 RUE 650/2012: si una disposición mortis causa se realiza antes de la vigencia del Reglamento (17 agosto 2015) con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido hoy de conformidad con el Reglamento, se considerará que tal ley ha sido elegida como aplicable a la sucesión. A la vista del testamento debe acreditarse al Derecho sucesorio francés y comparecer el hijo del causante en su herencia. Por otro lado, aunque no es un defecto apreciado en la calificación, el título tampoco presenta un juicio notarial de ley (francesa) en cuanto a la posibilidad de liquidación unilateral de la comunidad conyugal, en cuyo inventario se incluye además un crédito del hijo legitimario contra la comunidad, que asume íntegramente la viuda.

R. 1 octubre 2020 (BOE 280, 23-X-20: 12823)

Admite la inscripción de la herencia de un causante británico residente en España que otorgó testamento ante notario español, en el cual realizó "professio iuris" a favor de su ley nacional británica e instituyó heredera universal a su esposa; todo ello sin necesidad de obtener y aportar la resolución conocida como "probate", la cual es expedida por el "Probate Service" y tiene un carácter equivalente al de un acto de jurisdicción voluntaria.

La Dirección ya había mantenido esta doctrina incluso en los casos en que el fallecimiento había sido posterior a la entrada en vigor del RUE 650/2012, pero el testamento había sido otorgado antes. Consideraba en tales casos que la cláusula testamentaria de institución de heredero a favor del cónyuge suponía de hecho una "professio iuris", realizando una interpretación flexible de la disposición transitoria del artículo 83 del Reglamento: si una disposición mortis causa se realiza antes de la vigencia del Reglamento (17 agosto 2015) con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido hoy de conformidad con el mismo, se considerará que tal ley ha sido elegida como aplicable a la sucesión. Y así lo entendió respecto de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos, que permite entender que se produjo la "professio iuris" a favor de la ley nacional [R. 14 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3534), R. 2 marzo 2018 (BOE 69, 20-III-18: 3893), R. 15 junio 2016 (BOE 175, 21-VII-16: 7026)].

HERENCIA YACENTE

R. 4 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6778)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre los derechos hereditarios que corresponden al deudor sobre una finca inscrita a nombre de su fallecido padre como presuntivamente ganancial.

El artículo 166-1-2º RH exige para poder practicar una anotación de embargo como la del supuesto: que la demanda se haya dirigido contra el heredero indicando sus circunstancias personales y la parte que corresponde a su derecho hereditario; y que se acompañen los títulos sucesorios y el certificado de últimas voluntades.

Con el título calificado se aportan certificados de defunción y últimas voluntades negativo del causante, así como acta de requerimiento al deudor cuyos derechos hereditarios se pretenden embargar, para que acepte la herencia de su padre sin manifestación negativa del requerido por lo cual la herencia debe entenderse aceptada. Sin embargo la inscripción se deniega por falta de concreción de la parte que corresponde al demandado en la herencia. La anotación pretendida no puede hacerse extensiva al derecho de otros posibles herederos, cuya existencia no queda excluida con la documentación presentada. A mayor abundamiento, se trata de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales del fallecido, lo cual ya de por sí implica la existencia de otros interesados: los herederos del otro cónyuge.

R. 14 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7071)

Suspende la práctica de una anotación de embargo por deudas de quienes se dice en el mandamiento que son herederos del titular registral, pero sin acreditar el fallecimiento de éste, ni la condición de los ejecutados como únicos herederos mediante la aportación de los títulos sucesorios y el certificado de últimas voluntades, todo ello de conformidad con las reglas sobre tracto sucesivo hereditario establecidas en el párrafo segundo del artículo 166-1º RH.

R. 10 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8892)

Deniega la inscripción de una escritura por la que una sociedad se subroga en los derechos que ostentaba una señora -fallecida dos años antes- como arrendataria con opción de compra respecto de dos viviendas. La escritura es otorgada por el representante de la arrendataria.



dora y por el cónyuge viudo de la arrendataria, quien interviene en dos conceptos: como administrador único de la sociedad limitada que se subroga (consultorio médico); y como persona declarada por acta notarial heredero único de la arrendataria, si bien hace constar que interviene como mero administrador temporal en representación de la herencia yacente, sin aceptarla ni repudiarla, realizando un acto conservativo que impide la extinción del arrendamiento cuya subrogación disminuye las deudas de la herencia.

La Dirección entiende que la subrogación realizada no es un acto meramente conservativo, sino que implica aceptación tácita de la herencia de la arrendataria inicial, por tratarse de un acto que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero (artículo 999 Cc). En consecuencia se confirma la calificación negativa que niega al llamado a la herencia la capacidad para el acto calificado sin aceptar expresa o tácitamente aquélla.

R. 10 agosto 2020 (BOE 257, 28-IX-20: 11317)

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en ejecución judicial de hipoteca seguida contra los herederos desconocidos del titular registral, por no constar el nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente. En este caso el llamamiento a desconocidos herederos es genérico, no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia o no de herederos testamentarios o legales.

R. 3 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11642)

Admite la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre una finca inscrita como privativa a nombre del deudor fallecido. Se acompañan certificados de defunción y negativo de últimas voluntades; y del título resulta que la diligencia de embargo fue notificada mediante edictos a los herederos e interesados, y que específicamente se notificó de forma personalizada a la viuda del deudor y a dos hijos como posibles herederos.

En consecuencia no es preciso el nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente. No existe indefensión, porque se ha emplazado a alguno de los posibles llamados a la herencia, sin perjuicio de que pueda instarse la declaración de herederos, cuya ausencia no puede implicar la suspensión del procedimiento.

R. 16 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11922)

Admite la inscripción de una adjudicación derivada de un procedimiento de ejecución judicial de una hipoteca, seguido contra la herencia yacente y los desconocidos herederos del deudor y titular registral, sin necesidad de nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente. Las hijas y herederas renunciaron a la herencia, no han sido requeridas en el procedimiento pero han tenido conocimiento del mismo, como prueba que una de las hijas se ha personado voluntariamente en él a dar cuenta de su renuncia.

Es doctrina consolidada la que considera cumplido el principio de tracto sucesivo, sin necesidad de nombramiento de defensor judicial para realizar inscripciones contra la herencia yacente del titular registral, cuando se ha dado conocimiento del procedimiento a interesados concretos como posibles herederos del titular.

R. 30 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12241)

Suspende la extensión de una anotación preventiva de embargo ordenada en un proceso de ejecución de títulos judiciales, por falta de nombramiento de defensor judicial de la herencia yacente. El fallecimiento del titular se produjo antes de iniciarse el procedimiento ordinario de reclamación de cantidad, por lo que la demanda se dirigió contra la herencia yacente y desconocidos herederos. De los posibles herederos, hermanos del causante: dos de ellos acreditan haber renunciado a la herencia antes de la interposición de la demanda; y la otra, renuncia después de haber sido emplazada en el procedimiento ordinario.

Es doctrina consolidada sobre efecto de la renuncia de los herederos en los procedimientos seguidos contra la herencia yacente, la que distingue entre dos situaciones. Si la renuncia se ha producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución como consecuencia del requerimiento que se les ha hecho en el mismo, no hace falta nombrar administrador judicial, porque en tal caso sí habrá habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia. Por el contrario, la renuncia anterior al inicio del procedimiento no evita la necesidad de nombrar administrador judicial, pues producida la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, ésta pasa a los siguientes en orden, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia.

Así en el caso resuelto, ciertamente la renuncia de la tercera hermana se ha producido una vez iniciado el procedimiento ordinario de reclamación de cantidad; pero esta circunstancia no es suficiente para entender cumplido el tracto en el procedimiento de ejecución posterior, del que se deriva el mandamiento calificado. Habiendo mediado renuncia de todos los inicialmente llamados, la herencia pasa a los siguientes, a quienes corresponde ahora defender los intereses hereditarios. Tampoco es suficiente haber notificado la demanda ejecutiva a la última renunciante, ya que en ese momento su renuncia ya se había hecho efectiva, por lo que ya no era interesada en la herencia.

R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13550)

Deniegan la práctica de una anotación de embargo sobre los derechos hereditarios que pudieran corresponder al deudor en la herencia de su padre, en particular sobre el 33'3 % de determinada finca, alegando que el deudor es hijo del titular registral. Deben acreditarse: el fallecimiento del titular y la condición de heredero del ejecutado mediante la aportación de los títulos sucesorios y el certificado de últimas voluntades.

La Dirección recuerda su doctrina sobre la calificación del principio de tracto sucesivo (artículo 20 LH) en materia de anotaciones de embargo por deudas del causante o sus herederos, distinguiendo estos supuestos:

1) Si son deudas del titular registral fallecido antes o durante el procedimiento, la anotación requiere acreditar: su fallecimiento; y que se ha seguido la tramitación con sus herederos indicando sus circunstancias personales; si falleció durante el procedimiento, habrá que acreditar también que se demandó al titular registral (art. 166-1-1º RH).

2) Si el titular registral falleció antes de iniciado el procedimiento y éste se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados (que es el caso resuelto en la resolución que se resume): habrá que acreditar



Resoluciones

el fallecimiento, que la demanda se ha dirigido contra tales herederos indicando sus circunstancias personales y la parte que corresponde al derecho hereditario del deudor; y acompañar los títulos sucesorios y el certificado de últimas voluntades (art. 166-1-2º RH).

3) Si son deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o si son deudas de herederos indeterminados, hay que acreditar: o bien el nombramiento y la demanda al administrador judicial de la herencia yacente; o bien que el llamamiento se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos.

R. 19 octubre 2020 (BOE 291, 4-XI-20: 13553)

Deniega la inscripción de una sentencia de dominio dictada en rebeldía en procedimiento declarativo seguido contra los desconocidos herederos del titular registral.

En primer lugar, aunque consta la manifestación del recurrente de haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 524 LEC para ejercitar la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, no basta con la mera manifestación del interesado, sino que es precisa una acreditación fehaciente de firmeza, mediante manifestación en tal sentido del propio órgano judicial.

Por otro lado, es necesario el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente, por no concurrir ninguna de las circunstancias que podrían eximir de dicho requisito. En este caso el llamamiento a desconocidos herederos es genérico, consta la notificación edictal pero no que se haya llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia o no de herederos testamentarios o legales.

INSTITUCIÓN DE HEREDERO

R. 23 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13756)

La causante, en su testamento manifestó estar viuda, carecer de descendientes de su matrimonio, pero tener un hijo adoptivo llamado A. S., a quien legó su legítima, instituyendo heredero a determinado sobrino.

Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia, otorgada sólo por el heredero, quien se adjudica todos los bienes, haciendo constar que la manifestación de la testadora sobre su hijo adoptivo fue un error, ya que el citado A.S. tiene otro nombre, estuvo acogido por la causante en la posguerra, pero nunca fue adoptado. Se aporta: libro de familia de la causante, en el que no se menciona hijo ni adopción algunos; y certificación del Registro Civil de Don Benito (Badajoz) acreditativa de que no figura en el mismo inscripción de nacimiento de don A. S. entre los años 1950 y 2020.

La alegación del heredero recurrente de que la persona que la testadora identifica como su hijo adoptivo tiene realmente otro nombre, indica que le es conocido. Así pues, la pretensión del único heredero incide en la posición jurídica de un tercero llamado (o en su caso, de sus descendientes). La privación del contenido patrimonial de un testamento exige conformidad de todos los afectados o resolución judicial. El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada (artículo 773 Cc). La aseveración del Registro Civil aportada no resulta determinante, por dos razones: no descarta que la filiación adoptiva pudiera haberse inscrito en otro Registro Civil,

ya que el nacimiento se inscribe en el lugar en que acaece (artículo 16 LRC-1957); y además la filiación adoptiva es un dato especialmente protegido al que sólo tienen acceso el cónyuge, ascendientes y descendientes (artículo 83 LRC-2011).

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA

R. 22 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6380)

La testadora, viuda de su único matrimonio y carente de ascendientes y descendientes, designó herederos a unos sobrinos suyos. Ahora se deniega la inscripción de su escritura de herencia, otorgada sólo por sus herederos, porque en el inventario se incluye un bien que la causante había adquirido por herencia de su premuerto esposo, quien en su testamento (otorgado en 1971), había instituido "heredera fiduciaria en todos sus derechos, bienes y acciones a su esposa ..., con la condición de que no contraiga nuevo matrimonio, pues en este caso quedará sin efecto y reducida a su cuota legal usufructuaria, y la sustituye vulgar y fideicomisariamente por sus hermanos".

Los herederos de la esposa entienden que el fideicomiso estaba condicionado a que la viuda contrajera nuevas nupcias, lo cual no llegó a ocurrir. Sin embargo, la Dirección confirma la calificación negativa entendiendo que la viuda fue llamada como heredera fiduciaria y no como heredera pura, de modo que el bien heredado del esposo debe pasar ahora a los fideicomisarios instituidos por éste.

La interpretación de los testamentos debe hacerse conforme al sentido literal de sus palabras, a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador (artículo 675 Cc); corresponde hacerla a los herederos, en su caso al albacea o en su defecto, al Juez; a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal (R. 30 abril 2014); hay que entender que los términos usados en los testamentos notariales (tales como "heredera fiduciaria" o heredera pura") tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento. Por último, la finca del supuesto consta inscrita sometida al fideicomiso referido, por lo que el título calificado sólo podrá inscribirse si consta el consentimiento de los fideicomisarios, quienes precisamente han otorgado otra escritura contradictoria adjudicándose el bien. El recurso no es medio hábil para cuestionar asientos vigentes, que están bajo la salvaguardia judicial.

R. 28 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6394)

El testador, que carecía de descendientes y estaba casado en segundas nupcias, instituyó heredera a su esposa, pero ordenando que los bienes de que ella no dispusiera por actos inter vivos y a título oneroso, o la totalidad de su herencia si la esposa muriese antes o al mismo tiempo que el testador, recaerían en determinada persona que el testador recogió al nacer, crió y considera como hijo suyo. La viuda falleció posteriormente sin haber dispuesto del único bien heredado del marido y bajo un testamento en que nombraba heredera universal a otra persona, la cual otorga ahora escritura en la que se adjudica las herencias de ambos causantes.

La Dirección confirma la calificación y deniega la inscripción exigiendo la intervención del fideicomisario del testador. La sustitución ordenada por el primer testador sobre el residuo no es preventiva, sino fideicomisaria, por quedar excluida la posibilidad de que la fiduciaria disponga mortis causa. Frente a la alegación de la recurrente de que la sustitución es nula por no haberse ordenado de manera expre-



sa, la Dirección considera clara la voluntad del testador derivada de una interpretación literal y lógica del testamento.

R. 19 noviembre 2020 (BOE 319, 7-XII-20: 15773)

Al tiempo de otorgar su último testamento el causante, casado en primeras nupcias de las que tuvo su único hijo, dispuso: "A) Lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia...; en caso de disconformidad de su heredero, lega a su esposa el tercio de libre disposición en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria. B) Instituye heredero a su hijo ...". Al fallecer, el causante está casado en segundas nupcias con otra señora.

Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia, otorgada por la viuda y por el único hijo y heredero (habido en las primeras nupcias), en la que ambos manifiestan que carecen de relación personal y que por ello, de conformidad con lo previsto en el testamento, se reparten los bienes en pleno dominio, adjudicando a la viuda el tercio libre y el usufructo del tercio de mejora -que se capitaliza en dinero-, y al heredero el resto de la herencia.

El registrador entiende que la partición se ha hecho de acuerdo con un testamento que ha perdido su validez por fallecimiento de la esposa y legataria en él nombrada.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción. El testamento no ha perdido su eficacia, porque esto sólo ocurre en los casos expresamente previstos en el Código (artículo 743 Cc). Tampoco procede la apertura de la sucesión intestada, porque hay institución de heredero válida y sin condición, y el heredero sobrevive al causante y acepta la herencia (artículo 912-3 Cc). Es doctrina consolidada, formulada en materia de preterición y desheredación, la que considera válida la partición hecha por los herederos, sin necesidad de declaración judicial de nulidad de la institución, si concurre el acuerdo de todos los interesados, tanto de los herederos instituidos, como de los preteridos o desheredados (R. 5 octubre 2018, R. 3 octubre 2019).

La partición calificada es válida, porque comparecen y consienten el heredero único y la viuda titular de su cuota legitimaria, sin que existan otros interesados. Por otro lado, es también doctrina consolidada (R. 30 abril 2014) que la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea, o en su defecto a la autoridad judicial; y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas.

LEGADOS

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8909)

La testadora, viuda y sin ascendientes ni descendientes, legó una parcela determinada a unos sobrinos y otra parcela determinada a otros, instituyendo además herederos a los sobrinos del primer legado. Las dos parcelas legadas son descritas determinando el término municipal y la calle de su ubicación; y forman parte de una misma finca registral inscrita a nombre de la causante. Ahora la Dirección deniega la inscripción de la escritura de herencia, otorgada sólo por el primer grupo de sobrinos -que son legatarios y herederos-, en la que se segregan todas las porciones legadas y se entregan sólo las correspondientes a este primer grupo de legatarios.

Ciertamente se trata de un legado de cosa específica y determinada propia del testador, cuya propiedad adquiere el legatario desde la muerte de la testadora (artículo 882 Cc). Y por otro lado, siendo doctrina consolidada que el albacea contador-partidor puede segregar o dividir fincas del causante como acto previo a la partición, con más razón debe reconocerse la misma facultad a los herederos, que suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones. Ahora bien, lo que ocurre en el caso resuelto es que, al concurrir en los herederos la condición de colegatarios de la finca, en la segregación de la finca y la adjudicación de las porciones resultantes existe un evidente conflicto de intereses con los otros legatarios, cuya intervención es necesaria. Esta contraposición intrínseca de intereses es la razón por la que el artículo 1057-1 Cc establece la incompatibilidad entre las figuras del contador-partidor y el heredero.

R. 20 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9217)

La causante había constituido en 1967 el régimen de propiedad horizontal sobre un edificio suyo de planta baja y cuatro altas. Falleció en 2013 bajo un testamento en el que legaba determinados departamentos a cada una de sus nietas; y en el remanente instituyó heredera a su hija. Las legatarias no han inscrito sus legados. Ahora se deniega la inscripción de la escritura otorgada sólo por la heredera, quien declara -con antigüedad desde 1973- la existencia de una planta más en el edificio.

La modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige unanimidad de todos los propietarios (artículos 5 y 17 LPH). Los legatarios de cosa específica y determinada propia del testador adquieren su propiedad desde el fallecimiento de éste (artículo 882 Cc). En consecuencia, resulta necesaria la concurrencia de todas las legatarias de departamentos para la modificación de la propiedad horizontal.

LEGÍTIMA Y DESHEREDACIÓN

R. 27 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6389)

El testador falleció casado en segundas nupcias y sin otros descendientes que una hija de su primer matrimonio. En su testamento: legó a su viuda el usufructo del tercio libre; e instituyó heredera a su hija con prohibición de disponer hasta alcanzar los 25 años de edad, de modo que si se infringiese tal prohibición, el legado a la viuda se transformaría en legado del tercio libre en pleno dominio. Ahora se debate la inscripción de la partición de herencia que ha sido otorgada por la viuda y la madre de la heredera única como titular de la patria potestad al ser menor de edad al otorgarse la escritura (aunque ahora ya no lo es). A la hija se le adjudica el valor de un tercio de la herencia en pleno dominio y de dos tercios en nuda propiedad; y a la viuda, el valor del usufructo de dos tercios de la herencia (aunque en el testamento se prevé un solo tercio), en cuyo pago se adjudica el usufructo de una vivienda, dinero y otros derechos.

El registrador considera que la prohibición de disponer impuesta por el testador vulnera la legítima de la hija. Sin embargo, entiende la Dirección que lo dispuesto no es una prohibición absoluta de disponer, sino una cautela "Socini" o de opción compensatoria, de modo que la legitimaria tiene la facultad de elegir entre respetar la prohibición recibiendo más de lo que le corresponde por legítima, o bien infringir la prohibición con reducción de su porción a la legítima, la



Resoluciones

cual en todo caso queda respetada. La reciente jurisprudencia del TS ha resaltado la validez de la cautela "Socini" como disposición testamentaria que atribuye un derecho de opción o facultad alternativa al legitimario quien podrá ejercitarla conforme a sus legítimos intereses, sin que la disposición del testador infrinja el límite dispositivo que desempeña la función de la legítima (S. 10 junio 2014, S. 3 septiembre 2014, S. 21 abril 2016). A mayor abundamiento, ya ha transcurrido el plazo de duración de la prohibición de disponer cuestionada.

R. 19 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7080)

El testador legó a uno de sus hijos, por pago de legítima estricta, determinada finca; y si no fuese suficiente, se complementará con metálico, aunque no lo hubiera en la herencia, ordenando también que el legatario fuese sustituido "en su caso" por sus descendientes. Este hijo renunció a cualquier derecho sucesorio que le pudiera corresponder como heredero, legatario o legitimario en la herencia de su padre. Ahora se discute la inscripción de la escritura de herencia otorgada sólo por los demás herederos no renunciantes. La registradora deniega la inscripción en cuanto a la finca objeto de legado, exigiendo manifestación del renunciante de que carece de descendientes sustitutos, o bien consentimiento de los legatarios sustituidos.

Es doctrina de la Dirección que la prohibición establecida por el artículo 813-2 Cc al testador de imponer sobre la legítima sustitución de ninguna especie, debe interpretarse matizándola en función de los efectos de cada tipo de sustitución, de forma que lo esencial es respetar la finalidad de la norma de no perjudicar las legítimas. La prohibición no rige en las sustituciones pupilar y ejemplar (que son una designación de heredero hecha por comisario); pero sí rige para las sustituciones fideicomisarias, y para la sustitución vulgar. Así, la admisión del llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia la herencia o legado supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante; y constituiría un gravamen prohibido. Por ello los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de su padre. Este efecto es incuestionable en la sucesión intestada (artículos 913 y 921 Cc); y la Dirección lo extiende también a la legítima en cuanto materia obligatoria e indisponible para el testador.

En el supuesto concreto calificado, la Dirección admite la inscripción. Renunciada la legítima por este legitimario, sus descendientes no son legitimarios y pasan a ser herederos extraños a la legítima, de forma distinta a los hijos del legitimario premuerto, desheredado o indigno que ocupan la posición de su progenitor en cuanto a la legítima estricta (artículos 814, 857 y 761 Cc); y la renuncia extingue la legítima sobre la estirpe, en virtud del artículo 985-2 Cc, según el cual, si la parte repudiada fuese la legítima, sucederán en ella los coherederos por derecho propio y no por derecho de acrecer. La registradora ha interpretado que se trata de un legado de la parte alícuota de legítima con sustitución a favor de los descendientes como extraños a la legítima, por lo que procede aplicar la sustitución. Sin embargo, la Dirección da preferencia a la interpretación del testamento realizada por los herederos -en ausencia de albaceas- en el sentido de que la sustitución procede sólo "en su caso", es decir, cuando los descendientes sean legitimarios (por premoriencia o indignidad del hijo), pero que no siéndolos en el supuesto calificado, no procede la sustitución.

R. 11 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8899)

El testador desheredó a su única hija (conforme a la causa del artículo 853-2º), guardando silencio sobre si la desheredada tenía o no descendientes, e instituyó heredera a su esposa. Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia otorgada sólo por la heredera, considerando suficiente su manifestación de la heredera de que no le consta si la desheredada tiene descendientes y que no sabe de ella desde hace años.

Ciertamente el artículo 857 Cc mantiene el derecho a la legítima de los descendientes del desheredado. Pero es doctrina consolidada que la privación de los efectos patrimoniales de un testamento exige, a falta de conformidad de los afectados, una previa declaración judicial. En consecuencia, no cabe exigir que se acredite la inexistencia de otros descendientes que los designados en el testamento, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento que no fuese acompañado de un acta acreditativa de tal circunstancia, lo cual es contrario al artículo 14 LH (ver resoluciones que aplican la doctrina sobre la innecesariedad de probar hechos negativos).

R. 2 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9200)

El causante, de vecindad vasca, otorgó testamento mancomunado con su esposa en 2017, en el cual: ambos cónyuges se nombraron recíprocamente comisarios y se concedieron un poder testatorio con facultades amplísimas, de modo que el sobreviviente -mientras se conservase viudo- pudiera ordenar y distribuir libremente la herencia entre los descendientes comunes, pudiendo incluso nombrarse a sí mismo heredero y adjudicarse bienes libremente sin más límites que los establecidos por la Ley 5/2015. Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia del causante otorgada sólo por la viuda, quien hace uso del poder testatorio conferido por su difunto esposo: declara que la legítima de los descendientes fue sobradamente satisfecha por el causante mediante donaciones en vida; se nombra a sí misma heredera universal de su esposo; y se adjudica todos los bienes inventariados, en cuanto a una mitad por su participación ganancial y en cuanto a la otra, como heredera.

Del poder testatorio concedido por el causante, resulta que se confieren a la comisaria las mismas facultades que tenía el propio testador, las cuales comprenden su designación como heredera, la autoadjudicación de bienes (artículo 35, que no distingue a estos efectos entre bienes privativos o comunes), el apartamiento expreso o tácito de legitimarios y la liquidación de la sociedad conyugal. Estas facultades del comisario vasco superan ampliamente las del fiduciario del artículo 831 Cc, y lo aproximan más al heredero de confianza navarro o al catalán, quienes no se ven limitados por el rigor de una legítima "pars bonorum", de manera que pueden, sin necesidad de apartar expresamente a los legitimarios, adjudicar la herencia en la forma que tengan por conveniente.

También se desestima el defecto consistente en exigir la intervención de los legitimarios en la partición. Ciertamente la legítima vasca, aunque colectiva, no es un mero derecho de crédito. Se ha seguido el modelo del Derecho aragonés, paradigma de legítima colectiva. Precisamente porque la legítima aragonesa no es una mera "pars valoris", el artículo 479 CDFa introduce una habilitación especial para que el legatario de cosa cierta y determinada pueda tomar posesión de la misma, aun habiendo legitimarios. No hay una norma paralela en Derecho vasco. En consecuencia, la naturaleza de la legítima vasca es la



de “pars valoris bonorum”, de ahí la mención a que se refiere el artículo 15 LH. No obstante, en el concreto supuesto calificado, la viuda ostenta un poder testatorio tan sumamente amplio, que tiene las mismas facultades de apartamiento que el propio testador.

R. 5 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14908)

La causante dejó: una única hija viva; y tres nietas, una de cada una de sus otras tres hijas premuertas. En su último testamento instituyó herederas universales a su hija y a una de sus nietas; y desheredó expresamente a sus otras dos nietas “por las causas recogidas en el Código civil”. Ahora se pretende inscribir la escritura de partición de herencia, otorgada por las dos herederas junto con las dos nietas desheredadas, en la cual: todas las otorgantes reconocen que no ha lugar a la desheredación, por lo que a las dos nietas desheredadas les corresponde la legítima estricta; estas dos nietas renuncian a dicha legítima y prestan su conformidad a la adjudicación de todos los bienes a las dos herederas.

La registradora exige la acreditación de quiénes son los hijos o descendientes de las desheredadas y su intervención en la partición -o la manifestación de su inexistencia-, pues ellos ocuparán el lugar de éstas respecto de la legítima en virtud del artículo 857 Cc.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción. Ciertamente es doctrina consolidada que en los casos en que la certeza de la causa de desheredación haya sido contradicha extrajudicialmente, los hijos o descendientes de los desheredados deben consentir el acuerdo que evite la resolución judicial, ya que dicho acuerdo extingue su acción para reclamar la legítima. No obstante en el caso resuelto, si bien las desheredadas están correctamente identificadas y eran susceptibles de imputación al tiempo de la desheredación, no se cumple con otra de las exigencias necesarias para la eficacia de la desheredación, ya que la testadora no menciona de manera expresa la concreta causa legal en que se funda para desheredar a sus nietas (artículos 848 y 849 Cc). Esa falta de certeza impide que se pueda probar la causa de desheredación.

PARTICIÓN

R. 17 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6359)

El testador: legó a su esposa, a su libre elección, o bien el usufructo universal de la herencia, o bien el tercio libre más la cuota legal usufructuaria; a su hija menor le legó, hasta que alcanzase la mayoría de edad y una vez extinguido el usufructo de la viuda, el usufructo de determinada vivienda privativa del causante; e instituyó herederos a sus tres hijos por partes iguales.

Ahora se admite la escritura de partición de herencia en la cual: la viuda opta por el tercio libre más la cuota legal usufructuaria; la hija menor es representada por un defensor judicial con plenas facultades particionales y dispensa de la posterior aprobación judicial de la partición efectuada; a la menor se le realiza una adjudicación en metálico por la totalidad de su haber hereditario.

No se requiere autorización judicial. La adjudicación hecha a un heredero con la obligación de compensar en metálico a los demás por el exceso, no implica enajenación y ha de pasarse por dicha partición mientras no sea palmariamente contraria a las legítimas o a lo

dispuesto por el testador. Por otro lado, la hija y heredera menor de edad estaba debidamente representada en la partición.

R. 28 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12234)

Los cónyuges causantes, en su testamento: manifestaron que uno de sus hijos había percibido en vida de ambos todo lo que por legítima le pudiese corresponder mediante el pago de diversos préstamos suyos por sus padres; instituyeron herederos a sus restantes cinco hijos; y nombraron albaceas contadores-partidores con las facultades del artículo 1057 Cc.

La escritura de herencia es otorgada por los contadores partidores y por los cinco herederos. En ella: se manifiesta que los contadores fueron requeridos por los herederos para que elaborasen los cuadernos particionales de ambas herencias, dada la falta de acuerdo entre los llamados a la sucesión; los herederos aceptan la herencia y las adjudicaciones particionales.

El registrador deniega la inscripción exigiendo la intervención del legitimario no heredero, dada la naturaleza de la legítima en Derecho común como “pars bonorum”, al no tratarse de un testamento particional propiamente dicho, ni de una partición realizada por contador-partidor sin intervención de los herederos y supeditada a la aceptación de éstos, ya que los mismos concurren dando a la partición un carácter contractual.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción. Se trata de una partición realizada por los contadores-partidores de acuerdo en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento. La intervención de los herederos no desvirtúa el carácter unilateral propio de la partición por contador, que no requiere aprobación de herederos ni legitimarios. Lo que ocurre en este caso es que en una misma escritura se realizan varios negocios: partición por contadores-partidores, y aceptación de la herencia y de las adjudicaciones particionales por parte de los herederos. Pero esta concurrencia en un solo documento de varios negocios no desdibuja la autonomía de cada acto ni los efectos que le son propios.

R. 16 octubre 2020 (BOE 288, 31-X-20: 13329)

Los cónyuges, ambos de vecindad gallega, otorgaron en 2009 en dos números de protocolo consecutivos: una escritura de “partija” (artículos 276 y siguientes Ley Derecho Civil Galicia), por la que hacían la partición de sus bienes privativos y gananciales entre sus hijos haciendo lotes y adjudicaciones entre ellos; y un testamento mancomunado en el que se legaban recíprocamente el usufructo universal, instituían herederos a sus nombrados hijos en la forma y proporción resultantes de la anterior escritura de partija, disponían que de existir más bienes se distribuirían entre cada uno de los hijos estableciendo diferentes proporciones para cada uno de ellos, y nombraron contador-partidor con las más amplias facultades.

Fallecido el esposo en 2018, se presenta ahora escritura de liquidación de gananciales y adjudicación de la herencia del causante, otorgada sólo por la viuda, el contador y el hijo llamado a la mayor porción del remanente. En el inventario se incorporan las fincas que fueron objeto de la anterior escritura de partición (pero en algunos casos con variaciones, por haberse producido modificaciones hipotecarias sobre ellas); y la viuda adjudica al hijo compareciente, en virtud de pacto de mejora, un porcentaje añadido de algunos bienes comunes, adelan-

tándole así su cupo íntegro sin reserva de la mitad ganancial que le corresponde a la viuda.

La Dirección deniega la inscripción. La partija otorgada por los cónyuges es una verdadera partición, y no unas meras normas particionales. No ha sido revocada, ni en vida de ambos, ni por la viuda (lo cual le permite hacer el artículo 280), por lo que la viuda debe cumplir lo pactado en la partición conjunta y unitaria, mediante atribuciones patrimoniales inter vivos. Ciertamente la Ley permite a la viuda anticipar los efectos de la partija, cumpliendo lo establecido en ella mediante la disposición de bienes de titularidad común o privativa del premuerto incluidos en la partición. Pero para ello se requiere el concurso de los herederos del causante.

R. 23 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13755)

La testadora falleció dejando tres hijos: legó determinados bienes a una de ellos; en el remanente instituyó herederos a los tres, sustituidos por sus respectivos descendientes; y nombró albacea contador-partidor con las más amplias facultades. Fallecida la causante, el contador otorga escritura de partición, en la que comparece también la hija legataria para aceptar y recibir su legado. Posteriormente los otros dos hijos y herederos renuncian a la herencia; careciendo de descendientes una de ellos pero no el otro, que tiene una sola hija la cual renuncia también a la herencia, si bien tiene a su vez un solo hijo que es menor de edad. El contador otorga rectificación de la partición para ajustarla como consecuencia de las referidas renunciaciones.

La Dirección confirma la calificación que deniega la inscripción de la partición y la entrega de legado, exigiendo realizar el inventario y la notificación a los representantes legales del menor, según exige el artículo 1057 Cc cuando concurren herederos sujetos a patria potestad, tutela o curatela. Además es doctrina consolidada (R. 20 septiembre 1988) que la entrega de legados de cosa específica, habiendo herederos forzosos que no prestan su consentimiento, exige previos inventario, liquidación y adjudicación de la herencia, operaciones que permiten determinar el haber hereditario correspondiente a los legitimarios. A pesar de haberse formado inventario antes de las renunciaciones de los mayores de edad, no puede entenderse cumplido dicho requisito ahora que tras las renunciaciones, resulta llamado como sustituto y legitimario un menor de edad. La formación del inventario antes de las renunciaciones no cumple con el requisito legal, porque no está determinado quiénes son los legitimarios, y en este caso los hay menores, de modo que lo contrario supondría un fraude de sus derechos.

R. 5 noviembre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14911)

Deniega la inscripción de la escritura de adjudicación de las herencias de dos cónyuges casados en gananciales, otorgada por sus cuatro hijos comunes. Como consecuencia del fallecimiento del padre, primer fallecido, se liquida la sociedad de gananciales adjudicando una mitad del único “bien” inventariado (una finca urbana ganancial) a la viuda; y a cada uno de los cuatro hijos una cuarta parte indivisa del “bien” inventariado. Respecto de la herencia de la madre, se adjudica a cada uno de los cuatro hijos una cuarta parte indivisa del “bien” inventariado.

En una primera calificación negativa, el registrador entiende que las adjudicaciones realizadas suponen en conjunto más del 100%; y que en la herencia de la madre no deberían haberse adjudicado a los hijos cuartas partes del “bien” inventariado, sino sólo de la participa-

ción que se le adjudicó a la viuda. El notario recurre contra el defecto apreciado por el registrador en cuanto a la herencia de la madre, alegando que la calificación confunde “finca” con “bien”; y que el “bien” inventariado en el caudal de la madre es una mitad indivisa de la finca descrita, por lo que procede inscribir la escritura tal y como fue otorgada. El registrador estima esta alegación y modifica su calificación en cuanto a la herencia de la madre, pero la mantiene en cuanto a la herencia del padre. La Dirección desestima el recurso, afirmando que no puede entrar en el fondo de la calificación en cuanto al defecto relativo a la herencia del padre, que se ha mantenido y no fue impugnado.

PRETERICIÓN

R. 28 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12232)

El primer causante reconoció la filiación de una hija en el Registro Civil el año 2011. En 2014 otorgó testamento mancomunado con su esposa, con este contenido: ambos declararon ser de vecindad gallega, estar casados en únicas nupcias de las que no tuvieron descendencia, si bien la esposa tuvo una hija siendo soltera; los testadores se instituyeron recíprocamente herederos. El esposo fallece en 2018, y en 2019 la esposa otorga su último testamento, en el cual: lega a su cuidador toda participación o derecho que corresponda a la causante sobre la vivienda ganancial en la que habita; y en el remanente de su herencia instituye heredera a su única hija y a sus nietos.

Ahora se debate la inscripción de la escritura de herencia de ambos causantes, otorgada sólo por la hija y los dos nietos de la esposa, en la cual deciden considerar preterida en la herencia del primer causante a su hija reconocida en el Registro Civil, reconociéndole la legítima gallega de un cuarto de la herencia, de modo que se le asigna una octava parte de la vivienda, quedando las otras siete octavas partes asignadas a la herencia de la esposa (cuatro por su participación en gananciales, y tres como heredera de su esposo), y pendientes de entrega formal al legatario no compareciente.

La registradora deniega la inscripción de la octava parte indivisa de la vivienda a nombre de la hija reconocida del primer causante, sin la intervención y consentimiento del legatario del bien. La Dirección confirma la calificación negativa. Para que la preterición produzca efectos registrales, es necesaria la previa declaración judicial de nulidad del testamento o de la institución de heredero ordenada en el mismo, salvo que concurren a la partición y convengan en prescindir de la acción judicial de preterición todos los herederos, instituidos y preteridos. Por otro lado, la naturaleza de la legítima gallega en la Ley 2/2006 es la de “pars valoris”, es decir mero derecho de crédito (artículo 249). En consecuencia, la segunda causante llegó a heredar íntegramente la mitad indivisa de vivienda que correspondía a su esposo (sin perjuicio del derecho de la hija de éste a su legítima), de modo que el legado de la misma ordenado en el segundo testamento comprende todo el bien (y no sólo siete octavas partes).

RENUNCIA

R. 28 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12233)

Se refiere a la sucesión de dos cónyuges de vecindad navarra. El esposo falleció el año 2000 sin testamento, resultando declaradas herederas abintestato sus cuatro hijas. En 2019 falleció la esposa, bajo un testamento en el que legó determinadas fincas de la sociedad de



conquistas a las cuatro hijas, a quienes instituyó también herederas, sustituyéndolas vulgarmente tanto en la herencia como en los legados por sus respectivos descendientes. La escritura de liquidación de la sociedad de conquistas y herencia de ambos causantes, fue otorgada sólo por las cuatro hijas, quienes liquidaron la sociedad conyugal adjudicando las fincas comunes por mitad a ambas herencias, aceptaron dichas herencias pero renunciaron a los legados ordenados por su madre, adjudicándose todos los bienes (entre los que estaban las fincas legadas) en la forma que tuvieron por conveniente. El registrador calificó negativamente la escritura, por entender necesaria la intervención de los sustitutos descendientes, ya que la renuncia a los legados es uno de los casos en que se activa el llamamiento a los sustitutos vulgares cuando el testador no ha dispuesto otra cosa (ley 222 Compilación navarra).

Ahora se pretende la inscripción de una subsanación de la misma escritura otorgada tres meses después, en el sentido de modificar la liquidación del régimen de conquistas, adjudicando las fincas legadas íntegramente a la herencia del padre que murió intestado, liberándolas así del legado con sustitución ordenado en el testamento de la madre.

La Dirección lo deniega aplicando su doctrina consolidada sobre irrevocabilidad de la renuncia pero admisibilidad de subsanación de la misma, que ahora considera aplicable no sólo a la herencia, sino también a los legados. Ciertamente no hay incompatibilidad entre el principio de irrevocabilidad de la renuncia (artículo 997 Cc), y la posibilidad de subsanar cualquier manifestación de voluntad. Si el artículo 153 RN prevé la subsanación hecha sólo por el notario, con mayor razón será aplicable a una subsanación hecha por el otorgante. Ahora bien, es preciso valorar también las expectativas creadas a los llamados como sustitutos, quienes no pueden quedar desprotegidos. Para ello es esencial el dato del tiempo transcurrido entre la renuncia y su subsanación, que en el caso resuelto es de tres meses, por tanto más que suficiente para haber generado tales expectativas.

SUSPENSIÓN DE LA FE PÚBLICA (28 LH)

R. 12 junio 2020 (BOE 207, 31-VII-20: 8917)

Una finca consta inscrita a nombre de los actuales titulares registrales, en virtud de legado de causante cuya sucesión se rige por Derecho catalán, con las limitaciones establecida por el artículo 28 LH. Ahora se presenta acta notarial en la que se declara la notoriedad de la inexistencia de legitimarios y se pide que se cancelen dichas limitaciones legales. La Dirección deniega la cancelación.

Ciertamente el artículo 28 LH priva de efectos en cuanto a tercero durante los 2 años siguientes a la muerte del causante a las inscripciones de adquisiciones por herencia o legado. Se exceptúan las inscripciones a favor de herederos forzosos. La finalidad de esta norma es proteger al eventual heredero real frente a un heredero aparente, el cual podría llegar a existir en casos como: nulidad o revocación del testamento, aparición de parientes preferentes, vicios del consentimiento en la aceptación, aparición de un testamento desconocido. Esta posibilidad se valora más improbable -salvo preterición- respecto de herederos forzosos, por lo cual se exceptúa este caso. La doctrina mayoritaria considera que la suspensión de la fe pública sólo se exceptúa cuando el tercero cumple cumulativamente dos requisitos: haber adquirido de

un heredero forzoso; y haberlo hecho con las condiciones del artículo 34 LH.

Nada cambia el hecho de que la sucesión y la legítima se rijan por el Derecho catalán, en el cual, si bien el legitimario carece de acción real, la legítima existe y nada impide que pueda ser satisfecha con bienes de la herencia (artículo 451-11 CCC), de modo que el tercero que adquiriera del legitimario estará protegido por la fe pública.

SUSTITUCIÓN

R. 1 junio 2020 (BOE 189, 10-VII-20: 7657)

En su testamento ológrafo la titular registral dispuso: que mi nieta “disfrute de todo lo mío”; que a su muerte, “pasará lo mío, si vive su madre, a ella” [hija de la testadora]; y si no vive, pasará “a la persona de mi sangre que por derecho le corresponda”, y si no sobrevive ninguna los bienes pasarán a determinada fundación.

El orden de fallecimientos fue el siguiente: primero la testadora, después su hija; por último, la nieta. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia de la hija de la testadora, en cuanto incluye una finca procedente de ésta, por entender que nunca llegó a formar parte de su patrimonio.

En un testamento ológrafo, a diferencia del autorizado notarialmente, no cabe presumir un uso técnico de las palabras por la testadora. El TS (S 19 diciembre 2006) ha sido flexible en cuanto a la apreciación de la voluntad testamentaria en un testamento ológrafo. Aunque en el testamento del supuesto no se utilizan expresamente los términos técnicos apropiados, resulta claro que la testadora está disponiendo un doble llamamiento sucesivo, lo cual tiene su encaje más natural en la figura de la sustitución fideicomisaria. La fiduciaria sería la nieta; la fideicomisaria sería la madre de ésta, pero sometida la condición de sobrevivir a la fiduciaria; y para el caso de no cumplirse la condición, la fideicomisaria es sustituida vulgarmente por sus parientes y en defecto de los mismos, por una fundación.

Al no haberse cumplido la condición de sobrevivir a la fiduciaria, la fideicomisaria no llegó a adquirir los bienes de la testadora, que quedarían para los sustitutos vulgares, por lo cual la Dirección confirma la calificación negativa de la herencia de dicha hija llamada a ser fideicomisaria, en cuanto incluye bienes que nunca llegaron a formar parte de su patrimonio.

Otra cosa es que lo ordenado en el testamento ológrafo pudiera ser ineficaz por vulnerar la legítima de la hija de la testadora, pero esto requeriría una decisión judicial que así lo declarase. En tal caso, como los derechos legitimarios son transmisibles por muerte de la legitimaria a sus propios herederos (su mencionada hija, y sus hermanos en caso de tenerlos).

R. 15 julio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9046)

El testador instituyó herederos a sus tres hermanos, sustituidos vulgarmente “en caso de premoriencia” por sus respectivos descendientes; y en su defecto, con derecho de acrecer entre ellos. Uno de los hermanos premurió al causante; y sus únicos hijos han renunciado a la herencia de éste.



Resoluciones

Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia del primer causante, otorgada sólo por sus dos hermanos sobrevivientes. El registrador había denegado la inscripción y había exigido, o bien que se acreditase la inexistencia de descendientes de los hijos renunciantes, o bien la intervención de los mismos en caso de existir. Sin embargo, entiende la Dirección que la sustitución vulgar ordenada lo es con expresión de un solo caso, que es el de premoriencia (sin añadir la renuncia). La renuncia de los sustitutos debe tener en el presente caso la misma consecuencia que habría tenido la renuncia del instituido, es decir, la entrada en juego del acrecimiento subsidiario.

R. 2 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9201)

Dos cónyuges sin descendencia otorgaron sus respectivos testamentos el mismo día y ante el mismo notario. Primero falleció la esposa, que había nombrado heredero a su esposo y establecido sustitución preventiva de residuo a favor de los hermanos de la testadora. El viudo se adjudicó todos los bienes con la carga de la sustitución. Después falleció el esposo, quien había nombrado heredera a su esposa y establecido sustitución preventiva de residuo a favor de los hermanos del testador. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia del esposo, otorgada sólo por sus propios hermanos, como sustitutos de la esposa, quienes se adjudican todos los bienes en pleno dominio. La Dirección confirma la calificación según la cual, la mitad indivisa que correspondía a la esposa sobre un bien ganancial y de la cual no ha dispuesto el esposo, corresponde a los sustitutos de residuo de la esposa (sus propios hermanos).

En los fideicomisos de residuo lo condicional no es el llamamiento en sí, sino su contenido. El fideicomisario, es heredero desde la muerte del fideicomitente, aunque en ese momento sólo tenga una expectativa y el contenido de la herencia sea para él mayor o menor en función de los actos dispositivos del fiduciario.

TRACTO SUCESIVO

R. 24 enero 2020 (BOE 170, 18-VI-20: 6386)

El título presentado es un auto judicial firme por el que se acuerda la liquidación de una sociedad de gananciales y la adjudicación de una finca a favor de una esposa. La Dirección confirma la calificación que había admitido la inscripción del auto respecto del 99% de la finca, pero no respecto del 1% restante que figura inscrito a nombre de persona distinta de los cónyuges.

R. 13 febrero 2020 (BOE 175, 24-VI-20: 6675)

Deniega la práctica de una anotación de embargo sobre finca inscrita a nombre de persona distinta de los ejecutados.

La finca consta todavía inscrita a nombre de quien vendió al ejecutado. El embargante tiene otro medio para solventar la inactividad del verdadero titular: obtener que se libre mandamiento judicial al notario en cuyo protocolo se encuentra la escritura de venta para que libre una copia autorizada de la misma y así se pueda inscribir la venta como título previo al embargo.

R. 3 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6772)

Deniega la inscripción de una cesión de derechos hereditarios por figurar la finca inscrita a nombre de persona distinta del cedente a la fecha de presentación del título en el Registro.

R. 21 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7086)

Suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia en cuanto a una de las fincas inventariadas, por aparecer inscrita a nombre de personas distintas del causante.

R. 27 febrero 2020 (BOE 182, 2-VII-20: 7089)

Deniega la inscripción de una adjudicación acordada en decreto dictado en procedimiento ejecutivo judicial, porque en el momento de presentarse el título en el Registro de la Propiedad la finca aparece inscrita a nombre de persona distinta de aquella contra la que se ha seguido el procedimiento. Además está caducada y cancelada la anotación preventiva sobre la que se sustenta el procedimiento ejecutivo.

R. 26 febrero 2020 (BOE 183, 3-VII-20: 7188)

Admite la inscripción de una sentencia dictada en procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, que acuerda excluir del haber ganancial liquidable una finca adquirida formalmente por compra, pero que la sentencia entiende realmente adquirida por donación encubierta.

La registradora había denegado la inscripción por entender que, para declarar la simulación, es necesaria la intervención en el proceso, no sólo de los actuales titulares registrales, sino también del vendedor otorgante de la escritura que ahora se entiende incurso en simulación. Sin embargo, la Dirección entiende que ni el principio de legitimación ni el de tracto sucesivo imponen que para modificar un asiento tengan que intervenir otras personas que los titulares registrales; y que la legitimación pasiva en el proceso judicial es de apreciación judicial.

R. 3 junio 2020 (BOE 200, 23-VII-20: 8404)

Suspende la inscripción de un acta notarial de reanudación de tracto sucesivo, por entender que no existe verdadera interrupción del mismo, ya que la cadena de transmisiones hasta el promotor se encuentra documentada. El recurrente alega que una de las transmisiones documentadas adolece de un defecto para cuya subsanación concurre una extraordinaria dificultad: falta la comparecencia del cónyuge del titular registral, cuando el bien se encuentra inscrito para la sociedad conyugal.

Pero la Dirección considera que no debe equipararse la extraordinaria dificultad para lograr la formalización pública del documento (supuesto en que la Dirección ha venido flexibilizando su doctrina), con el caso que nos ocupa, en el que el documento existe, si bien ha sido otorgado por quien no tiene el poder de disposición por sí mismo. De seguir la tesis del recurrente, se estaría permitiendo utilizar el medio excepcional del expediente de reanudación de tracto para lograr la inscripción de transmisiones por quien no tiene el poder de disposición para ello, o cuando no ha tenido lugar una transmisión válida de dominio. Debe evitarse la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de los derechos de terceros.



R. 5 abril 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8795)

Admite la expedición de certificación en expediente notarial de dominio para reanudación de tracto. El registrador suspende la expedición por entender que no hay verdadera interrupción de tracto al ser el promotor del expediente causahabiente del titular registral y no expresarse las circunstancias de extraordinaria dificultad que justificarían la imposibilidad de obtener la titulación; todo ello de conformidad con la doctrina consolidada.

Sin embargo, la Dirección da la razón al recurrente entendiendo que lo procedente es expedir la certificación inicial del artículo 208-2ª LH (por remisión al artículo 203), sin perjuicio de la calificación final que pueda hacer el registrador a la vista de las pruebas practicadas en el expediente, en el cual podrá justificarse la extraordinaria dificultad.

R. 4 junio 2020 (BOE 206, 30-VII-20: 8806)

Deniega por falta de tracto la práctica de una anotación preventiva de demanda de petición de herencia interpuesta por un heredero contra los otros. Respecto de una de las fincas, consta inscrita a nombre del causante, pero no se acredita que los demandados sean sus herederos. Respecto de las otras fincas, se encuentran inscritas a nombre de uno de los demandados, pero por título de compra para su sociedad conyugal, por lo cual es imprescindible que la demanda se hubiera dirigido contra ambos consortes.

R. 2 julio 2020 (BOE 211, 5-VIII-20: 9203)

Admite la expedición de certificación en expediente notarial de dominio para reanudación de tracto. La registradora suspende la expedición por entender que no hay verdadera interrupción de tracto al ser el promotor del expediente causahabiente del titular registral y no expresarse las circunstancias de extraordinaria dificultad que justificarían la imposibilidad de obtener la titulación; todo ello de conformidad con la doctrina consolidada.

Sin embargo, la Dirección da la razón al recurrente entendiendo que lo procedente es expedir la certificación inicial del artículo 208-2ª LH (por remisión al artículo 203), sin perjuicio de la calificación final que pueda hacer la registradora a la vista de las pruebas practicadas en el expediente, en el cual podrá justificarse la extraordinaria dificultad.

R. 4 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11644)

Deniega la inscripción de un acuerdo de junta de propietarios de un edificio en propiedad horizontal adoptado por unanimidad presunta y por el que se redistribuyen las cuotas de participación de los departamentos. En la lista de propietarios del edificio que consta en el acta y en la escritura no se incluye a quienes sí que figuran en el Registro como titulares de una parte del edificio. Para justificar la ausencia de los mismos se aporta una sentencia dictada en un procedimiento de negación de servidumbre entablado por la comunidad, donde no constan como demandantes ni como demandados los titulares omitidos en la lista.

Ciertamente la S TS (3ª) 16 abril 2013 ha declarado que, cuando la inscripción viene ordenada por una resolución judicial firme cuya ejecución se pretende, la decisión sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal corresponde al juez. Pero también debe tenerse en cuenta que en la jurisdicción civil el

principio de rogación impone que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante; y como los derechos inscritos se presume que existen y pertenecen al titular según el asiento (artículo 38 LH), el titular demandado siempre debe ser demandado en el procedimiento para evitar su indefensión, sin perjuicio de poder anotar preventivamente la demanda.

En el concreto supuesto resuelto, entiende la Dirección que el procedimiento judicial donde ha recaído la sentencia aportada no versa sobre la titularidad del edificio, sino tan sólo sobre la subsistencia o extinción de una servidumbre. En consecuencia, la regularización de cuotas pretendida no cumple con el principio de tracto sucesivo.

R. 16 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11920)

Deniega la inscripción del cambio de dominio de dos fincas registrales, que se pretende mediante una instancia privada en la que se alega que ambas fincas deberían haberse entendido incluidas dentro del objeto de una compraventa ya inscrita respecto de otras fincas. Además de que los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales, ambas fincas se encuentran ahora inscritas a nombre de terceras personas que no otorgaron la referida compraventa.

R. 24 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12046)

Deniega la inscripción del mandamiento judicial, dimanante de una sentencia firme, que ordena la cancelación de varias inscripciones sucesivas: exceso de cabida, rectificación, obra nueva y división horizontal. No consta que los titulares registrales de dos de los departamentos hayan sido parte en el procedimiento, sin que conste tampoco sobre dichas entidades la anotación de demanda del procedimiento que dio origen al mandamiento calificado.

R. 24 septiembre 2020 (BOE 267, 9-X-20: 12047)

Suspende la inscripción, solicitada mediante instancia privada sin firmas legitimadas, de la georreferenciación que se dice correspondiente a determinada finca registral y a la mitad indivisa de otra. Además de la falta de titulación auténtica, concurre el defecto de que la parte solicitante no es titular registral, ni tampoco lo es su supuesto causante. Por lo tanto, carece de la legitimación necesaria para instar los procedimientos de inscripción de rectificaciones descriptivas regulados en los artículos 199 y 201 LH.

R. 23 octubre 2020 (BOE 293, 6-XI-20: 13760)

Deniega la inscripción de un auto dictado en expediente judicial de reanudación de tracto tramitado conforme a la regulación anterior a la Ley 13/2015. No consta acreditado que se haya citado a los titulares registrales de la finca. La persona de la que, según la resolución judicial, adquiere por herencia el promovente no coincide con los titulares registrales vigentes. El mandato de cancelación de la inscripción contradictoria se refiere sólo al titular registral de una octava parte indivisa de la finca. Por último, implicando la reanudación acordada una segregación, no se aporta representación gráfica georreferenciada de la finca segregada.

R. 30 octubre 2020 (BOE 309, 25-XI-20: 14906)

Suspende la inscripción de una resolución administrativa, confirmada por sentencia firme contencioso-administrativa, en



Resoluciones

la que se declara la nulidad de la segregación de una finca rústica que consta inscrita. No resulta que haya sido citado en el procedimiento el titular registral del asiento que pudiera verse afectado por la cancelación consecuencia de la declaración de nulidad.

Ciertamente la S TS 16 abril 2013 ha declarado que, cuando la inscripción viene ordenada por una resolución judicial firme cuya ejecución se pretende, la decisión sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal corresponde al juez. Pero esta doctrina no puede extrapolarse. La citada sentencia se refería a la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa, ámbito en el cual el Tribunal tiene máxima responsabilidad e iniciativa en la ejecución de la sentencia, lo que incluye definir qué tipo de intervención debe tener el tercero para evitar su indefensión.

TRANSACCIÓN

R. 1 septiembre 2020 (BOE 261, 2-X-20: 11633)

Deniega la inscripción de un mandamiento judicial sobre liquidación de régimen económico matrimonial y división de herencia, mediante en que se homologa una transacción entre las partes del proceso, disponiéndose el cese del administrador de determinada sociedad anónima y el nombramiento de cuatro administradores mancomunados.

El acuerdo de los interesados que pone fin a un procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado. El principio de titulación formal exige, para la inscripción del cese y nombramiento de administradores, el otorgamiento de escritura pública donde se haga constar la adopción del correspondiente acuerdo de junta (artículo 18 Ccom).

URBANISMO

R. 4 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6780)

En su día se inscribió la hipoteca de una finca a favor de una entidad de crédito. La finca fue después aportada a un proyecto de reparcelación, en cuya virtud la hipoteca sobre la finca de origen pasó por subrogación real a la finca de reemplazo, la cual quedó gravada además con la correspondiente afección urbanística. Dos años después de la constancia registral de la afección urbanística, se decretó por el Ayuntamiento el embargo por impago de cargas urbanísticas, en cuya virtud la finca fue finalmente adjudicada al propio Ayuntamiento con mandamiento de cancelación de la expresada hipoteca, la cual consta inscrita ahora a favor de otra entidad.

La Dirección admite la cancelación de la referida hipoteca como consecuencia de la ejecución de la afección urbanística. Ciertamente la hipoteca inicial fue anterior a la reparcelación; pero con posterioridad a la anotación de la carga urbanística la hipoteca fue transmitida e inscrita a favor de una nueva entidad titular que, ahora sí, resulta ser un tercero registral posterior a la constancia de la afección, la cual estaba vigente al tiempo de anotarse el embargo por no haber transcurrido aún el plazo de caducidad de 7 años del artículo 20 RD 1093/1997.

R. 5 febrero 2020 (BOE 177, 26-VI-20: 6785)

Consta inscrita una finca que fue formada por segregación autorizada por licencia municipal de 2007, en la que se expresaba que se autorizaba la segregación de esta finca para ser cedida al Ayuntamiento y ser destinada a zona verde pública, lo cual se hizo constar en la inscripción.

Ahora se admite la inscripción de una escritura en cuya virtud la sociedad propietaria cede la finca a otra sociedad. El registrador suspende la inscripción por entender que sólo cabe la inscripción a favor del Ayuntamiento, pero no de un tercero.

Sin embargo, la Dirección aplica la doctrina de la S TS (1ª) 24 diciembre 1996: la inclusión en un plan general de un terreno de propiedad privada como destinado a viales y la obligación legal de los propietarios de cesión gratuita al Ayuntamiento, no determinan por sí solas su conversión en dominio público municipal, sino que la cesión se producirá con la consiguiente acta de entrega y recepción. En el Registro tan solo consta la expresión de una condición establecida en la licencia de segregación, que no es más que el destino que el planeamiento prevé para la finca, pero que no altera su actual titularidad privada ni supone prohibición de enajenar. De hecho la inscripción de la cesión a nombre de la sociedad cesionaria es la condición necesaria para que la misma pueda materializar el aprovechamiento urbanístico que le corresponde, mediante el cumplimiento de los deberes de cesión impuestos legalmente.

R. 17 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11923)

R. 17 septiembre 2020 (BOE 265, 7-X-20: 11924)

Declara inscribible el acto administrativo firme por el que se anula un proyecto de reparcelación ya inscrito, dejándolo sin efecto por haberse traspuesto incorrectamente la planimetría del PGOU a la realidad física, y se solicita la cancelación de todos los asientos practicados por la inscripción del proyecto, con regreso a la situación jurídica anterior y restitución de las fincas aportadas. La registradora considera que no se ha seguido el procedimiento legalmente previsto para la anulación del acto administrativo que aprobó la reparcelación inscrita.

Es doctrina de la Dirección que, ante la falta de normativa específica, los casos de "reparcelación inversa" (o reversión de la reparcelación) cuando se pretende dejar sin efecto un proyecto de reparcelación inscrito pero que no ha sido anulado, deben tramitarse como una modificación del proyecto, que en el caso de la normativa autonómica aplicable al caso se somete a los mismos requisitos procedimentales que su aprobación (artículos 147 y 68 Ley de Urbanismo de Aragón).

En este caso ha recaído sentencia judicial firme en vía contencioso-administrativa, que determina que no concurre causa de nulidad de pleno derecho, si bien dejó constancia de una infracción del ordenamiento -la desviación respecto del planeamiento- que sería constitutiva de causa de mera anulabilidad, por todo lo cual no cabe exigir la revisión de oficio, existiendo además conformidad de los interesados para la subsanación del procedimiento.



VÍAS PECUARIAS

- R. 12 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7356)**
- R. 16 octubre 2020 (BOE 288, 31-X-20: 13330)**
- R. 16 octubre 2020 (BOE 288, 31-X-20: 13331)**
- R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17072)**
- R. 11 diciembre 2020 (BOE 338, 28-XII-20: 17073)**

Deniega la práctica de una nota marginal de posible afección de una finca a un futuro procedimiento de deslinde de vía pecuaria, que todavía no se ha iniciado.

El artículo 8-5 de la Ley 3/1995 de Vías Pecuarias dispone que cuando los interesados en un procedimiento de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran estar incluidos en el dominio público, el órgano administrativo lo pondrá en conocimiento del registrador para que practique anotación marginal de esta circunstancia. Por lo tanto, resulta claro que la citada publicidad registral sólo se contempla legalmente una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. No pueden practicarse asientos sobre fincas si su titular no ha sido parte en el procedimiento.

VIVIENDA FAMILIAR

- R. 2 junio 2020 (BOE 201, 24-VII-20: 8500)**

Suspende la inscripción de una sentencia de divorcio de mutuo acuerdo que aprueba el convenio regulador en el cual se conviene que el uso y disfrute de la vivienda familiar corresponderá a la hija menor y por consecuencia a la exesposa al ostentar la misma la guardia y custodia de aquélla. Se confirman los dos defectos de la calificación: no se expresa el número registral, la dirección ni la referencia catastral de la finca, de modo que no es posible identificarla; y siendo la hija menor la titular del derecho de uso, falta hacer constar su NIF.

- R. 16 junio 2020 (BOE 209, 3-VIII-20: 9054)**

Admite la inscripción de una hipoteca constituida por una persona casada en separación de bienes, sobre una finca de la que expresa que constituye su vivienda habitual, si bien añadiendo que no es su domicilio conyugal o familiar. El registrador exige el consentimiento del cónyuge no compareciente, a los efectos del artículo 1320 Cc.

Sin embargo, la Dirección entiende que el matrimonio implica una comunidad de vida que, como regla general, implica una comunidad de vivienda. Pero por razones profesionales, laborales, médicas, de asistencia a otros familiares u otras análogas, esa comunidad de vida puede no comportar comunidad de vivienda. Es sólo cuando ambas comunidades concurren, que la ley establece la necesidad de acuerdo sobre dónde fijar la vivienda (artículo 70 Cc) y la somete al especial régimen de disposición del artículo 1320 Cc. En consecuencia, la afirmación del título calificado de que la vivienda objeto de disposición no es la conyugal, cumple con las exigencias legales (S TS 3 mayo 2016).

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

- R. 30 septiembre 2020 (BOE 272, 14-X-20: 12238)**

Admite la inscripción de una escritura de 2019 por la que se dona una mitad indivisa de una vivienda protegida sometida al ordena-

miento gallego, para cuya adquisición el ahora donante obtuvo un préstamo cualificado en 2001. Ha transcurrido el plazo de 10 años establecido en los artículos 12 RD estatal 1186/1998 y D gallego 345/1998.

VUELO

- R. 12 marzo 2020 (BOE 185, 6-VII-20: 7354)**

Suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa, cuyo objeto es el derecho de vuelo sobre el edificio existente en una finca.

La finca aparece inscrita a nombre de titulares diferentes de las personas que venden el derecho de vuelo. Además, no constan los requisitos de constitución del derecho de vuelo exigidos por el artículo 16-2 RH: cuotas de las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, o normas para su establecimiento; normas de régimen de comunidad, si se estableciesen, para el caso de hacerse la construcción; plazo máximo de ejercicio del derecho.

- R. 3 junio 2020 (BOE 200, 23-VII-20: 8403)**

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva por antigüedad y modificación del régimen de propiedad horizontal, en la cual se declara la existencia de una nueva planta (la 2ª) que se constituye como un nuevo departamento de la propiedad horizontal. Los otorgantes son los titulares de los dos únicos departamentos del edificio inscrito, así como la propietaria de la nueva planta que se declara. Manifiestan: que desde hace más de 30 años existe construida esta nueva planta; y que la compareciente propietaria de la misma la adquirió por herencia indocumentada de su padre, quien en su día ejerció un derecho de vuelo que había sido concedido por los propietarios, según ahora se reconoce expresamente.

El primer defecto es que no consta el título traslativo por el que el derecho de vuelo haya pasado a su propietaria, de modo que lo que se está realizando es un reconocimiento de dominio, insuficiente para su inscripción. El título calificado no contiene una cesión de derecho de vuelo, sino una adquisición por usucapión, que no corresponde apreciar a la registradora.

En segundo lugar, no se determina el método de cálculo para la fijación de las nuevas cuotas como consecuencia de los actos de modificación hipotecaria que los estatutos permiten realizar sin necesidad de autorización de la junta (segregaciones, divisiones, agrupaciones...). El recurrente entiende que deben aplicarse los criterios del artículo 5 LPH. Pero la Dirección considera que la determinación del sistema de cálculo es una exigencia del principio de seguridad jurídica, que permitirá en el futuro a registrador y notario establecer la adecuación de las cuotas al método de cálculo recogido en la norma estatutaria. En definitiva, la no inclusión del método de cálculo en la cláusula estatutaria, si bien no la invalida, impide su acceso al Registro, ya que la necesidad de un acuerdo posterior de la junta le priva de los efectos reales frente a terceros.

Resoluciones de la DGRN en recursos de materia fiscal

Publicadas durante el primer semestre de 2021

Redacción Lefebvre

DGSJFP

HIPOTECANTE NO DEUDOR

Defectos en la inscripción de la adjudicación de un bien hipotecado por quien no es deudor

Ref EDE 2020/692612. DGSJFP Res. de 19 octubre 2020

RESUMEN: Inscripción de certificado de adjudicación de bien hipotecado. Defectos. Confirma la DGSJFP la nota de calificación de la registradora de la propiedad por la que suspendió la inscripción de una certificación de adjudicación en subasta y mandamiento de cancelación de cargas, dictados en procedimiento de apremio administrativo tramitado por la Agencia Tributaria. Aprecia dos defectos, por un lado falta la preceptiva resolución del juez que entiende del concurso del hipotecante no deudor, acreditativa de que los bienes hipotecados y ejecutados no son activos esenciales necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial (FJ 2-5). De otro, es necesario certificar que el hipotecante, titular registral de los bienes ejecutados, ha sido demandado y requerido de pago en el procedimiento tramitado como hipotecante no deudor, circunstancia que no resulta acreditada en la documentación presentada (FJ 6).

ITER PROCESAL: Recurre la AEAT contra la nota de calificación extendida por el Registro de la Propiedad, por la que suspende la inscripción de una Certificación de Adjudicación en Subasta y Mandamiento de Cancelación de Cargas, dictados en procedimiento de apremio administrativo tramitado por la Agencia Tributaria en ejecución de la hipoteca constituida sobre una finca registral propiedad de la empresa hipotecante no deudora, en garantía de deudas tributarias de la sociedad deudora, ambas en situación de concurso. La DGSJFP confirma la calificación negativa al apreciar los dos defectos constatados por la registradora: ausencia de resolución

del Jdo. Mercantil del concurso de la hipotecante acreditando que la finca registral no es un bien necesario para su actividad y falta de documentación que acredite que aquella ha sido requerida de pago.

PRESENTACIÓN TELEMÁTICA

Subsanación de defectos de escritura notarial presentada telemáticamente

Ref EDE 2020/717961. DGSJFP Res. de 05 noviembre 2020

RESUMEN: Escritura notarial presentada telemáticamente. Posterior entrega de documentos subsanatorios. Señala la DGSJFP, en contra de la pretensión de la Registradora, que una vez presentada telemáticamente una escritura notarial y calificada negativamente, no es necesario para poder dar entrada a cualquier documento subsanatorio, en este caso una diligencia notarial, que se vuelva a acompañar la escritura ya presentada. La introducción de las nuevas tecnologías no conlleva una modificación de los principios rectores del procedimiento registral, sino solo una mejora en cuanto a la agilidad del mismo, y el tratamiento es el mismo se presente la copia de la escritura notarial físicamente en formato papel, o se presente la copia en formato electrónico y de manera telemática (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: Recurre un notario de Bilbao contra la negativa de la Registradora Mercantil de Toledo a practicar el «asiento de presentación» de una diligencia notarial acreditativa del pago de la provisión de fondos para el BORME, de una escritura ya presentada telemáticamente en el mismo Registro y que fue objeto de calificación negativa por la falta de provisión. Para la Registradora, una vez subsanado el defecto era necesaria nuevamente la presentación de la escritura, pretensión que no comparte la DGSJFP, pues no consta que el documento presentado telemáticamente haya sido retirado del Registro, por lo que no es necesario que el mismo se vuelva a enviar,



dado que, con las nuevas tecnologías, tiene el mismo tratamiento la presentación de la escritura en formato papel o en formato electrónico.

HERENCIA ABINTESTADA

Denegada la inscripción de un bien a favor del Estado al existir parientes con derecho preferente

Ref EDE 2020/738866. DGSJFP Res. de 03 diciembre 2020

RESUMEN: Inscripción de un bien a favor del Estado como heredero abintestato. Existencia de parientes con derecho preferente. Confirma la DGSJFP la negativa a inscribir una Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado por la que se adjudica una finca al Estado previa su declaración como heredero abintestato. No ha quedado acreditado, sino más bien al contrario, el presupuesto fundamental de la inexistencia de parientes con derecho preferente a ser declarados herederos intestados del causante (FJ 4). El Centro Directivo no admite la supuesta renuncia de estos últimos, alegada por la autoridad administrativa, pues no le corresponde a esta, sino a un notario, declarar si esos parientes con un llamamiento legal preferente hacen o no dejación de sus derechos. Por tanto, el Estado ha de abstenerse de dictar una resolución reconociéndose la condición de heredero intestado (FJ 5).

ITER PROCESAL: El Delegado Especial de Economía y Hacienda de Murcia recurre contra la negativa del Registro de la Propiedad a inscribir una Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado que adjudica a este una finca registral previa su declaración como heredero abintestato. La DGSJFP confirma la suspensión de la inscripción al no constar, siendo necesario, el presupuesto previo para que el Estado sea declarado heredero, que es la inexistencia de parientes con mejor derecho a suceder al causante y titular registral en vía intestada. Debe quedar debidamente acreditado, no sólo el fallecimiento del causante y la correlativa apertura de la sucesión intestada, sino también «la ausencia de otros herederos legítimos».

VIVIENDAS TURÍSTICAS

Inscripción de acuerdo de comunidad de propietarios prohibiendo las viviendas turísticas

Ref EDE 2021/503339. DGSJFP Res. de 22 enero 2021

RESUMEN: Prohibición de viviendas turísticas. Acuerdo comunitario: quorum y alcance de la modificación estatutaria. Revoca la DGSJFP la calificación registral por la que se denegó la inscripción del acuerdo de una comunidad de propietarios a través del cual se prohibió el ejercicio de la actividad de los pisos para viviendas turísticas. El acuerdo debatido ha sido adoptado en los términos previstos legalmente, pues quedan exceptuados de la exigencia de unanimidad aquellos acuerdos que limiten o condicionen el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas y cuando la normativa habla de limitar o condicionar la actividad de alquiler, también admite que se establezca una prohibición absoluta de dicha actividad.

ITER PROCESAL: Recurre la presidenta de una comunidad de propietarios contra la calificación registral denegatoria de la inscripción de una escritura a través de la cual se elevó a público el acuerdo por el que se incluyó un artículo en los estatutos prohibiendo el uso de los pisos como viviendas turísticas. La negativa, no compartida por la DGSJFP,

se basaba en que el acuerdo fue adoptado por unanimidad de los asistentes cuando era necesaria unanimidad de todos los propietarios del edificio, por constituir una modificación de los Estatutos. Tampoco comparte que el acuerdo exceda del ámbito contemplado en la norma, pues si esta permite limitar o condicionar la actividad de alquiler turístico de las viviendas, en modo alguno impide su prohibición total.

EMBARGO DE VEHÍCULO

Anotación de embargo sobre vehículo temporalmente dado de baja en la DGT

Ref EDE 2021/509149. DGSJFP Res. de 18 febrero 2021

RESUMEN: Anotación de embargo. Vehículo dado de baja temporalmente en la DGT. Presunción de titularidad. Señala la DGSJFP que procede practicar la anotación de embargo de un vehículo dado de baja temporalmente en la Dirección General de Tráfico, por haber sido entregado a un vendedor para su posterior transmisión, en procedimientos por deudas seguidos contra el titular que lo dio de baja. Este sigue siendo propietario y la baja provisional no puede tener la trascendencia de destruir la presunción de titularidad registral.

ITER PROCESAL: Recurre la sociedad acreedora la calificación del Registrador de Bienes Muebles denegando la anotación del mandamiento de embargo dictado sobre dos vehículos inscritos a nombre del deudor, alegando que constaba la baja temporal de los mismos y, por tanto, no se podía llevar a cabo ningún acto registral sobre ellos. La DGSJFP estima el recurso acordando la práctica de la anotación de embargo, pues el estado de baja temporal es un mero trámite administrativo de carácter provisional, que no afecta ni a la existencia del vehículo, ni a su titular, ni tampoco a la propiedad del mismo que se mantiene inalterada en dicho estado.

DGT

ITP y AJD

Liquidación del ITP y AJD en caso de adquisición de inmueble ocupado ilegalmente

Ref EDE 2020/697458. DGT Consulta nº V2716/2020, de 04 septiembre 2020

RESUMEN: Adquisición inmueble ocupado. Liquidación ITP y AJD. Base imponible: valor real. Resuelve la DGT la consulta del adquirente de un inmueble ocupado cuyo precio de adquisición difiere de la valoración efectuada por la Administración y quiere saber si la liquidación del ITP y AJD debe hacerse por este último valor. Declara el Centro Directivo que la valoración efectuada por una Comunidad Autónoma únicamente tiene carácter vinculante para ella, por lo que el consultante puede liquidar el impuesto, en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por un valor distinto al fijado por aquella. Ahora bien, la base imponible será el valor real del inmueble, que se asimila al valor normal de mercado, lo cual no se altera por el hecho de que el inmueble se encuentre ilegalmente ocupado. Sin embargo, es razonable suponer que la cuantificación de ese valor se vea afectada por el estado de hecho y de derecho del inmueble, pero por tratarse de una cuestión de apreciación fáctica no puede ser objeto de respuesta por este órgano.

ITER PROCESAL: La consultante va a adquirir un inmueble de una entidad bancaria que se encuentra ocupado ilegalmente por un tercero. El precio de compra es inferior a la valoración efectuada por la comunidad autónoma y desea saber si la liquidación del ITP y AJD debe realizarse sobre este último valor y si, por estar ocupado, se entiende que ese valor no puede ser el de mercado. Responde la DGT que la base imponible del impuesto debe ser el valor real, y aun cuando es de suponer que se vea afectado por la ocupación, es una cuestión fáctica a la que no puede dar respuesta.

IVA

Modificación de la base imponible del IVA en caso de deudor concursal establecido en otro Estado miembro

Ref EDE 2020/745318. DGT Consulta nº V3346/2020, de 12 noviembre 2020

RESUMEN: IVA. Modificación de base imponible: deudor concursal establecido en otro Estado miembro. Resuelve la DGT la consulta sobre si es posible modificar la base imponible del IVA por parte de una empresa española cuya prestación de servicios es impagada por una entidad extranjera declarada posteriormente en concurso. Si bien la LIVA excluye esta modificación cuando el deudor concursal no esté establecido en el territorio de aplicación del Impuesto, ni en Canarias, Ceuta o Melilla, el TJUE entiende cumplido este requisito cuando aquel se encuentre establecido en otro Estado miembro en los supuestos de procedimientos concursales que se desarrollen por un órgano jurisdiccional de este Estado a los que es de aplicación el Reglamento (UE) 2015/848, en la medida en que dichos procedimientos se encuentran armonizados, tutelados y garantizados judicialmente y regidos por el principio de publicidad.

ITER PROCESAL: Realiza la consulta una entidad mercantil establecida en el territorio de aplicación del IVA dedicada al alojamiento hotelero que prestó una serie de servicios, que resultaron impagados, a una entidad alemana declarada posteriormente en concurso. Quiere saber si resulta procedente la modificación de la base imponible relativa a dichas prestaciones de servicios a lo que la DGT responde que es posible, aun cuando el deudor concursal esté establecido en otro Estado miembro, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en nuestra normativa.

IRPF

Inembargabilidad total del SMI independientemente de la jornada laboral completa o parcial

Ref EDE 2020/708502. DGT Consulta nº V2805/2020, de 14 septiembre 2020

RESUMEN: Embargo. Salario mínimo interprofesional. Jornada laboral. Declara la DGT que el salario mínimo interprofesional es inembargable en su totalidad independientemente de que el trabajador preste sus servicios a tiempo completo o parcial. Que el cálculo de la cuantía que se corresponde con el salario mínimo deba efectuarse de manera proporcional al tiempo efectivamente trabajado en el caso de que se realice una jornada inferior a la completa, no significa que deba también prorratearse el referido salario a los efectos de la práctica del embargo, pues se trata de cosas distintas. El salario mínimo interprofesional se declara inembargable por la ley con el

fin de garantizar que las necesidades básicas del trabajador y de su familia quedan cubiertas.

ITER PROCESAL: Pregunta el consultante si el SMI declarado inembargable debe prorratearse o no en función de la jornada laboral de la que disfrute el trabajador, a lo que la DGT responde negativamente, pues es inembargable en su totalidad con independencia de que se preste la jornada a tiempo completo o parcial.

Empleo de dinero o bienes del patrimonio protegido de persona discapacitada para cubrir sus necesidades

EDE 2020/789008. DGT Consulta nº V3600/2020, de 17 diciembre 2020

RESUMEN: IRPF. Patrimonios protegidos. Empleo de dinero para necesidades de persona beneficiaria. Resuelve la DGT la consulta de un padre que ha constituido un patrimonio protegido a favor de su hijo discapacitado y va a realizar obras de adaptación en la vivienda para atender a sus necesidades y movilidad, por lo que interesa saber si el empleo del dinero del patrimonio referido a esa finalidad se considera acto de disposición a efectos del IRPF. La respuesta es negativa y así el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria, no debe considerarse como disposición de bienes o derechos, a efectos del requisito de mantenimiento de las aportaciones realizadas durante los cuatro años siguientes al ejercicio de su aportación, pero ese gasto antes de ese plazo desde su aportación no debe impedir la constitución y mantenimiento del patrimonio protegido durante ese tiempo, debiendo ser todo ello acreditado por el contribuyente.

ITER PROCESAL: La DGT responde a la consulta de si se considera acto de disposición el empleo de dinero, integrante de un patrimonio protegido constituido por un padre a favor de su hijo discapacitado, para realizar obras de adaptación de la vivienda a sus necesidades y movilidad. Si bien cualquier aportación de dinero o bienes fungibles debe permanecer cuatro años en el patrimonio del discapacitado, se permite disponer de él antes de ese plazo para atender sus necesidades, siempre que no impida el mantenimiento del citado patrimonio.

COVID 19

Prestación a autónomo por cese de actividad por coronavirus considerada rendimiento de trabajo

Ref EDE 2021/507608. DGT Consulta nº V101/2021, de 28 enero 2021

RESUMEN: Autónomo. Prestación por cese de actividad por COVID. Rendimiento de trabajo. La DGT considera rendimiento de trabajo a efectos del IRPF la prestación extraordinaria por cese de actividad a consecuencia del coronavirus prevista para los autónomos. Entre los rendimientos íntegros se incluyen las prestaciones por desempleo, entendido este de forma amplia y no solo comprensivo de la situación de cese de actividad correspondiente a los trabajadores por cuenta ajena.

ITER PROCESAL: La consultante ha percibido la prestación extraordinaria por cese de actividad a consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y desea saber la tributación de la referida prestación. Responde la DGT que se trata de una prestación



extraordinaria para los autónomos de análoga naturaleza a la prestación por cese total, temporal o definitivo de la actividad por lo que su calificación, al igual que esta última, es la de rendimiento de trabajo.

Subvenciones autonómicas a autónomos a consecuencia del coronavirus consideradas rendimientos de actividades económicas

Ref EDE 2021/507612. DGT Consulta nº V105/2021, de 28 enero 2021

RESUMEN: Autónomos. Subvenciones autonómicas a consecuencia del coronavirus. Rendimientos de actividades económicas: imputación temporal. La DGT considera que la subvención otorgada por una Comunidad Autónoma a autónomos en dificultades para cubrir, entre otras contingencias, la suspensión de la actividad o la caída de ingresos como consecuencia del coronavirus, se considera rendimiento de actividades económicas cuya imputación a resultados se hará en función de la finalidad para la que haya sido concedida. Así, si la ayuda se aplica a compensar gastos del ejercicio o la pérdida de ingresos, tendrá el tratamiento de subvenciones corrientes y se imputará al ejercicio en que se conceda. Por el contrario, la destinada a favorecer inversiones en inmovilizado o gastos de proyección plurianual se tratará como subvenciones de capital y se imputará en la misma medida en que se amorticen las inversiones o se produzcan los gastos realizados con cargo a la misma, salvo que los bienes no sean susceptibles de amortización, en cuyo caso la subvención se imputará íntegramente en el ejercicio en que se produzca la enajenación o la baja en el inventario del activo financiado con ella.

ITER PROCESAL: Se pregunta por la consultante como tributa la subvención que ha recibido de su Comunidad Autónoma para autónomos en dificultades incluyendo, entre otras contingencias, la suspensión de la actividad o la caída de ingresos como consecuencia de la epidemia de COVID-19. Según la DGT se califica como rendimiento de actividades económicas y su imputación temporal dependerá de la finalidad para la que haya sido concedida, distinguiéndose según la ayuda se destine a compensar gastos del ejercicio o la pérdida de ingresos, o bien, a favorecer inversiones en inmovilizado o gastos de proyección plurianual.

IRPF e IVA de las rentas de arrendamiento de local de negocio no percibidas por suspensión del contrato

Ref EDE 2021/507573. DGT Consulta nº V81/2021, de 22 enero 2021

RESUMEN: Arrendamiento de local de negocio. Suspensión de contrato por coronavirus. Tributación en IRPF e IVA. Responde la DGT a la consulta del propietario de un local comercial arrendado que a raíz del coronavirus pactó con el arrendatario suspender el contrato de arrendamiento durante el último trimestre del 2020, no cobrando nada debido a que los inquilinos no pudieron abrir el negocio y desea saber la tributación a efectos de IVA e IRPF. El Centro Directivo declara que no estarán sujetos al IVA los autoconsumos derivados de la condonación de la renta de un local de negocios cuando el arrendatario no pueda realizar actividad económica alguna en el mismo por aplicación de las disposiciones establecidas durante la vigencia del estado de alarma. En cuanto al IRPF, el consultante deberá imputar en el año 2020, como rendimiento íntegro del capital inmobiliario, todas las cantidades correspondientes al arrendamiento del local, incluso aunque no hayan

sido percibidas, si bien se podrá deducir de él como gasto los saldos de dudoso cobro una vez transcurrido el plazo de tres meses o bien cuando el deudor se encuentre en situación de concurso.

ITER PROCESAL: El consultante pregunta cómo tributar en el IRPF e IVA las rentas por arrendamiento de local de negocio, correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2020, que dejó de percibir por suspensión del contrato a causa de la COVID-19. Excluye del IVA las rentas no cobradas y, en cambio, deben tributar en el IRPF como rendimientos de capital inmobiliario, si bien con deducción de los saldos dudosos.

Exclusión de la estimación objetiva para determinar el rendimiento neto en 2021

Ref EDE 2021/507503. DGT Consulta nº V28/2021, de 15 enero 2021

RESUMEN: IRPF. Estimación objetiva. Covid-19. La DGT resuelve la consulta de un contribuyente sobre la posibilidad de aplicar en 2021 el método de estimación objetiva porque a causa del coronavirus el volumen de rendimientos íntegros en el año anterior no había rebasado la magnitud excluyente de este método. Responde el Centro Directivo que deberá determinar el rendimiento neto de la actividad conforme al sistema de estimación directa, ya que una vez concurre una causa de exclusión de la estimación objetiva, la misma se mantiene al menos en los tres años siguientes, independientemente de que en esos años sí se cumplieren las magnitudes para su aplicación y el consultante quedó excluido en el 2018.

ITER PROCESAL: Contesta la DGT al consultante que en 2021 debe determinar el rendimiento neto de su actividad por el método de estimación directa. Quedó excluido de la estimación objetiva en 2018, exclusión que produce efectos desde el inicio del año inmediato posterior a aquel en que se produzca dicha circunstancia y debe mantenerse durante tres años (2019, 2020 y 2021) aun cuando en 2020 el volumen de rendimientos íntegros no había rebasado la magnitud excluyente de este método a causa del coronavirus.

REPUDIACIÓN DE HERENCIA

Tributación de la repudiación de una herencia tras prescripción del impuesto de sucesiones

Ref EDE 2021/507583. DGT Consulta nº V94/2021, de 27 enero 2021

RESUMEN: Repudiación de una herencia tras prescripción del impuesto de sucesiones. Tributación. La DGT resuelve la consulta de cómo tributa una repudiación de herencia realizada tras haber prescrito el impuesto de sucesiones y donaciones. A efectos fiscales se considera una donación y solo produce en ese impuesto el efecto de gravar la adquisición lucrativa del beneficiario de la repudiación, pero sin que ello signifique que se presuma que el repudiante haya adquirido previamente la porción hereditaria objeto de la repudiación, ni desde el punto de vista civil, ni desde el punto de vista fiscal, pues tanto la aceptación como la repudiación de la herencia tienen efectos "ex tunc", esto es, que se retrotraen al momento del fallecimiento del causante, lo que significa que tales bienes no pudieron pertenecer en ningún momento al repudiante. En cuanto al impuesto sobre el patrimonio, aquel no debe incluir los bienes correspondientes a la

porción hereditaria repudiada, pues en ningún momento entraron en su patrimonio. Por último, respecto al IRPF, no debe declarar ninguna ganancia o pérdida patrimonial por la porción hereditaria repudiada, ya que, al no haberse integrado en su patrimonio, no se produce alteración patrimonial alguna.

ITER PROCESAL: Da respuesta la DGT a una consultante que, tras once años del fallecimiento de su padre sin haber aceptado la herencia y habiendo prescrito el impuesto de sucesiones y donaciones, quiere hacer una renuncia pura y simple y desea saber la tributación de esta operación. A efectos fiscales se considera donación y, tanto en este impuesto, como en el de patrimonio e IRPF, quien tributará es el beneficiario de la repudiación, ya que es en quien se manifiesta una capacidad económica derivada de la adquisición de los bienes repudiados, y no la repudiante, pues en ningún momento llegó a adquirir la porción hereditaria repudiada.

TEAC

IRPF

Deducción por vivienda en caso de extinción de condominio

Ref EDE 2020/31816. TEAC Res. 561/2020, de 01 octubre 2020

RESUMEN: IRPF. Extinción de condominio. Deducción por vivienda. El TEAC unifica criterio y señala que en caso de extinción de un condominio sobre la vivienda habitual a partir del 1 de enero de 2013, si una de las partes obtiene el 100% de la vivienda, tendrá derecho a aplicarse el 100% de la deducción por adquisición de vivienda habitual siempre que se hubiera aplicado en un ejercicio anterior a 2013 dicha deducción en el porcentaje correspondiente a su participación en el condominio. Tendrá como límite el importe que habría tenido derecho a deducirse desde la extinción del condominio el comunero que deja de ser titular del inmueble, si dicha extinción no hubiera tenido lugar y siempre que a este no se le hubiera agotado a la fecha de extinción del condominio la posibilidad de seguir practicando la deducción, lo que sucederá cuando dicho comunero hubiese solicitado un préstamo para la adquisición de la vivienda y no se encontrara totalmente amortizado a la fecha de extinción del condominio (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: Interpone recurso para la unificación de criterio el Director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT contra resolución del TEAR del Principado de Asturias, dictada en procedimiento sobre liquidaciones provisionales del IRPF en relación a la deducción por vivienda practicada tras divorcio y extinción de condominio. La cuestión controvertida se centra en determinar si una cónyuge que completó en 2013, como consecuencia del divorcio, el 100% del dominio de la vivienda habitual, previamente adquirida en el año 2006 por la sociedad de gananciales y por la que había venido aplicándose la deducción por adquisición de vivienda en un 50%, puede a partir de aquel momento aplicar la citada deducción por el 100% de la vivienda o sólo por el 50%. El TEAC permite la deducibilidad total aunque la misma estará condicionada por el hecho de que el comunero que deja de ser propietario se hubiera aplicado con anterioridad dicha deducción, en el porcentaje correspondiente a su participación en el condominio, y no se le hubiera agotado a la fecha de extinción del condominio la posibilidad de seguir practicándola.

DEUDAS TRIBUTARIAS

Notificación simultánea a los obligados tributarios solidarios convivientes en una misma residencia habitual

Ref EDE 2020/31811. TEAC Res. 5023/2018, de 24 septiembre 2020

RESUMEN: Procedimientos de comprobación o investigación. Obligados tributarios solidarios. Notificación simultánea a convivientes. Declara el TEAC que es válida la notificación de la comunicación de inicio del procedimiento de comprobación o investigación o de la liquidación resultante del mismo, expedida en un único documento a nombre de todos los destinatarios, obligados solidariamente, que convivan en una misma residencia habitual de acuerdo con la información de que disponga la Administración Tributaria en ese momento, con independencia de que en el acuse de recibo figure sólo uno de los destinatarios. En esta situación lo que tiene lugar es una notificación simultánea a todos (FJ 3). La falta de notificación del inicio de uno de esos procedimientos a alguno de los obligados conocidos a fin de que pueda comparecer en él si lo desea, constituye un defecto formal de ese único procedimiento que determina la anulación de la liquidación con la consiguiente retroacción de las actuaciones a fin de subsanar tal deficiencia generadora de indefensión. En cambio, la falta de notificación a alguno de los obligados conocidos que no quiso comparecer en el procedimiento en cuestión, de la liquidación final resultante del mismo, no determina la anulación de la liquidación notificada a los restantes. En este caso, el obligado a quien no se notificó la liquidación podrá impugnarla en reposición o en vía económico-administrativa desde el momento en que tuviera conocimiento de su existencia. Y si la Administración, ante la falta de pago de la liquidación por el obligado al que se notificó, notificara la providencia de apremio al obligado a quien no se notificó la liquidación, éste último podrá impugnar dicha providencia sobre la base de la falta de notificación (FJ 4).

ITER PROCESAL: El TEAC, unificando criterio y en contra de lo resuelto por el TEAR de la Comunidad Valenciana, estima parcialmente el recurso interpuesto por el Director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT en procedimiento sobre liquidación provisional del IRPF. Otorga validez a las notificaciones efectuadas en un único documento a nombre de todos los obligados solidariamente que convivan en una misma residencia habitual de acuerdo con la información de que disponga la Administración Tributaria, aunque en el aviso de recibo solo figure uno de ellos. Indica cómo deben efectuarse aquellas y si la falta de notificación a uno de los obligados afecta a la validez del procedimiento de aplicación de los tributos efectuado o seguido con el resto de ellos, distinguiendo si lo que no se ha notificado es el inicio del procedimiento o la liquidación final.

Donación sin reserva suficiente de bienes para hacer frente a una deuda tributaria

Ref EDE 2020/33268. TEAC Res. 4572/2018, de 19 octubre 2020

RESUMEN: Procedimiento de recaudación. Donación fraudulenta: presunción. Derivación de responsabilidad solidaria. El TEAC fija como criterio que cuando la transmisión u ocultación de bienes consista en una donación de manera que el donante se haya quedado sin bienes suficientes para hacer frente a una deuda tributaria, la Administración tributaria podrá considerar acreditada la ocultación de bienes o derechos por parte del deudor con la finalidad de impedir su traba, pero para declarar responsable al donatario deberá acreditar que



éste ha actuado de forma intencionada con voluntad de impedir la actuación de la Administración tributaria, esto es, con conocimiento o conciencia del perjuicio causado. La donación se presume objetivamente hecha en fraude de acreedores si no hay tal reserva de bienes de forma que la Administración tributaria, para rescindirla, no tiene que probar si la finalidad de la misma es la de impedir su actuación. Pero si lo que pretende es la responsabilidad solidaria del donatario, sí deberá probar su conducta dolosa, culposa o cuando menos negligente en la ocultación del ilícito tributario (FJ 4).

ITER PROCESAL: El TEAC confirma la resolución del TEAR de Madrid al desestimar el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio interpuesto por el Director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT. Fija como criterio que una donación se presume hecha en fraude de acreedores si el donante no se ha reservado bienes suficientes para hacer frente a una deuda tributaria. Sin embargo, para la responsabilidad solidaria del donatario, la Administración Tributaria tendrá que demostrar que su participación en la ocultación responde a su mala fe.

IVA

Medios de devolución tasados para reembolsar el IVA en la exención de entregas de bienes a viajeros

Ref EDE 2020/36172. TEAC Res. 2731/2017, de 21 octubre 2020

RESUMEN: IVA. Exención por la entrega de bienes a viajeros. Requisitos: reembolso de cuota repercutida. El TEAC señala que para que las entregas de bienes en régimen de viajeros tengan la consideración de exentas del IVA, la cuota repercutida deberá devolverse al viajero taxativamente por alguno de los siguientes medios: cheque, transferencia bancaria o por medio de entidad colaboradora autorizada por la AEAT. Se trata de utilizar medios de pago que permitan acreditar que el sujeto pasivo no retiene un IVA que debía restituir al viajero, pues de lo contrario, se estaría permitiendo que obtenga la devolución del IVA inicialmente repercutido sin que devuelva el mismo efectivamente al destinatario, lo que produciría un enriquecimiento ilícito (FJ 3).

ITER PROCESAL: Inicia el presente procedimiento el sujeto pasivo por su disconformidad con el acuerdo de liquidación del IVA. Interpuesta reclamación económico-administrativa ante el TEAR de Cataluña fue desestimada y el TEAC, desestimando el recurso de alzada, considera ajustado a Derecho, tanto el acuerdo de liquidación, como la resolución recurrida. Entiende que para aplicar la exención por las entregas de bienes a viajeros debe acreditarse que la devolución a estos del IVA repercutido se ha realizado por alguno de los medios de pago taxados en la norma. Este sistema de reembolso es acorde a la normativa comunitaria, garantiza la aplicación correcta y sencilla de dicha exención y trata de evitar todo posible fraude, evasión o abuso.

INTERESES DE DEMORA

Periodo impositivo de los intereses de demora derivados del retraso en el pago del justiprecio

Ref EDE 2020/38093. TEAC Res. 1156/2020, de 24 noviembre 2020

RESUMEN: Pago de justiprecio. Intereses de demora: período impositivo. El TEAC fija como criterio que la alteración patrimonial

derivada de la percepción por el contribuyente de los intereses de demora por retraso en el pago del justiprecio en un procedimiento de expropiación forzosa, debe entenderse producida en el período impositivo en que los mismos se reconocen, es decir, cuando tiene lugar su cuantificación y se acuerda su pago. Estos intereses no tienen carácter remuneratorio como el justiprecio, sino indemnizatorio, por la cual no deben calificarse de rendimientos del capital mobiliario sino de incrementos de patrimonio, lo que determina que hayan de imputarse temporalmente, no según se devengan, sino en el período impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial, que es aquel en que son cuantificados y abonarlos (FJ 4).

ITER PROCESAL: El presente procedimiento se inició por el obligado tributario tras acuerdo de liquidación del IRPF del 2012, por el que se regularizó la ganancia patrimonial derivada del abono de intereses por la demora en el pago del justiprecio de la expropiación forzosa de una finca. El TEAR de Madrid anuló el acuerdo al entender que el incremento patrimonial debe imputarse en la fecha de firmeza de la resolución que determina la cuantía del justiprecio, en este caso en 2010. En cambio el TEAC, acogiendo el recurso del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT, declara que la imputación temporal debe hacerse al período en que dichos intereses se cuantifican y se acuerda su abono, esto es, en 2012.

IMPUESTO SOBRE LOS GASES FLUORADOS DE EFECTO INVERNADERO

Anulación de propuesta de liquidación por generar indefensión

Ref EDE 2020/42849. TEAC Res. 6588/2018, de 15 diciembre 2020

RESUMEN: Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero. Propuesta de liquidación: anulación por indefensión. Anula el TEAC una propuesta de liquidación del impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero al producir indefensión. Cuando el órgano competente para liquidar proceda a rectificar la propuesta de liquidación contenida en el acta, deberá realizar una nueva propuesta, a efectos de que el contribuyente pueda hacer efectivo su derecho de defensa, cuya falta de notificación genera indefensión real y efectiva al no poder aportarse los documentos que justifican la aplicación de una exención o la no sujeción (FJ 5).

ITER PROCESAL: La entidad reclamante recurre el acuerdo de liquidación, de la Unidad Regional de Aduanas e Impuestos Especiales de la Delegación Especial de Canarias de la AEAT, por el concepto de impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero ejercicios 2014-2017. El TEAC anula el acuerdo por haber generado indefensión en la recurrente, ya que el órgano liquidador, al rectificar la propuesta de liquidación, prescindió de practicar una nueva, por lo que aquella no pudo aportar los documentos que a su juicio justificaban la aplicación de una exención o no sujeción al impuesto. Acuerda por ello retrotraer las actuaciones al momento en que debió practicarse la nueva propuesta de liquidación.

IMPUESTO ESPECIAL

Infracción administrativa de contrabando por comercializar ilegalmente labores de tabaco

Ref EDE 2020/42848. TEAC Res. 4184/2018, de 15 diciembre 2020

RESUMEN: Impuesto Especial sobre las labores del tabaco. Infracción administrativa de contrabando. El TEAC considera probada la comisión de una infracción administrativa de contrabando cuando el interesado posea género estancado, como las labores de tabaco, en cantidad suficiente como para presumir la finalidad comercial, en un establecimiento abierto al público y sin justificar la legal adquisición o importación del mismo, al no estar amparada por los documentos que acrediten, o bien el pago de los Impuestos Especiales en España, o bien el régimen suspensivo. Estando acreditados los elementos fácticos desencadenantes de una infracción administrativa, entre otros, la inobservancia en la diligencia necesaria que cabe exigir a un empresario en orden al cuidado del género que comercializa, concretada en la oferta de producto de comercio ilícito, y estando debidamente documentado todo ello, el Tribunal considera justificado convenientemente el tanto de culpa necesario para imponer una sanción (FJ 3-6).

ITER PROCESAL: Recurre ante el TEAC el declarado responsable de la comisión de una infracción administrativa de contrabando muy grave mediante acuerdo del Delegado Especial de Andalucía de la AEAT. El Tribunal confirma el acuerdo, pues considera que el tabaco para pipa de agua, incautado al reclamante, se considera como tabaco para fumar sujeto al impuesto especial sobre el tabaco y aquel no ha justificado la legal adquisición o importación de los mismos, por lo que cabe presumir la finalidad comercial dada la cantidad incautada en un establecimiento abierto al público.

TS ADMINISTRATIVO

IRPF

Rescate de prestaciones por beneficiarios de seguros

Ref EDE 2020/685512. STS 3ª, de 14 octubre 2020. Rec. 180/2018 Ponente: D. José Antonio Montero Fernández

RESUMEN: IRPF. Rescate de prestaciones por los beneficiarios de seguros concertados con mutualidades de previsión social. Fijación de criterio. El TS fija como criterio que las aportaciones rescatadas por los beneficiarios de contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social cuando, con ocasión de la regularización practicada por la Administración tributaria, tales aportaciones no pudieron en ningún momento ser objeto de reducción ni de minoración de la base imponible del impuesto, no pueden considerarse rendimientos íntegros del trabajo y, por ende, no están sometidas a tributación en el IRPF (FJ 2).

ITER PROCESAL: Recurrió en casación el obligado tributario la liquidación provisional de la AEAT relativa al IRPF 2012 que modificó la base imponible general en el importe de los rendimientos íntegros del trabajo personal no declarados o declarados incorrectamente, percibidos de la Mutualidad de la Abogacía. El recurso fue desestimado por el TSJ Madrid confirmando la consideración como rendimiento de la cantidad rescatada de la Mutualidad. El TS, en casación, fija como criterio, que las cantidades rescatadas no tienen tal consideración si las

aportaciones por parte del beneficiario de seguros concertados con mutualidades de previsión social en ningún momento pudieron ser objeto de deducción ni de reducción de la base imponible. Por tanto, no estarían sometidas a la tributación en el IRPF.

Intereses de demora

Ref EDE 2020/731790. STS 3ª, de 03 diciembre 2020. Rec. 7763/2019 Ponente: D. José Díaz Delgado

RESUMEN: IRPF. Intereses de demora abonados por la AEAT. Fijación de criterio. El TS fija como criterio que los intereses de demora abonados por la Agencia Tributaria al efectuar una devolución de ingresos indebidos no están sujetos al IRPF. No deben considerarse como ganancia patrimonial a integrar en la base imponible sino que, dado su carácter indemnizatorio, persiguen compensar o reparar el perjuicio causado como consecuencia del pago de una cantidad que nunca tuvo que ser desembolsada por el contribuyente, por lo que de considerarlos sujetos al impuesto dicha finalidad compensatoria quedaría frustrada, al menos parcialmente (FJ 3 y 4). Se formula voto particular.

ITER PROCESAL: Inicia el presente procedimiento el contribuyente al que la Agencia Tributaria realizó un procedimiento de comprobación en relación al IRPF 2010, para comprobar la ganancia patrimonial, no declarada, por la percepción de intereses de demora. El TSJ Comunidad Valenciana estimó el recurso de casación del contribuyente pues entendió que estos intereses no deben tributar como ganancias patrimoniales ya que ello supondría desnaturalizar su función indemnizatoria. El TS, desestimando la casación del Abogado del Estado y fijando criterio, declara la no sujeción al IRPF de los citados intereses.

AP CIVIL

IMPUESTO DE SUCESIONES/NOTARIOS

Responsabilidad civil por daños y perjuicios por mala gestión en el impuesto de sucesiones

Ref EDE 2020/688079. SAP Barcelona, de 07 septiembre 2020. Rec. 598/2019 Ponente: Dª Isabel Adela García de la Torre Fernández

RESUMEN: Notarios. Responsabilidad civil por daños y perjuicios: tramitación impuesto de sucesiones. La AP confirma la responsabilidad de los notarios por los daños y perjuicios causados debido a una incorrecta presentación y tramitación del impuesto de sucesiones cuando, pudiéndose acoger el contribuyente a la normativa autonómica, se opta por la normativa estatal, dando lugar al pago de una cuota tributaria muy superior (FJ 2). Dicha responsabilidad existe en tanto profesionales a los que se acude para gestionar y tramitar la adjudicación de una herencia y las liquidaciones tributarias correspondientes a la misma y, en tanto profesional cualificado, debe realizar tales gestiones en forma adecuada, informando al cliente de las diferentes posibilidades, si es que existen, y, en cualquier caso, en la forma que resulte más beneficiosa para él, lo que en el caso de autos evidentemente no sucedió.



ITER PROCESAL: Se solicita en el presente procedimiento reclamación de cantidad por los daños y perjuicios causados a la actora por la incorrecta gestión por parte de una notaría de la adjudicación de la herencia de su padre y las liquidaciones tributarias correspondientes a la misma. En primera instancia se estimó la demanda, pues de haberle aplicado la normativa autonómica, la cuota tributaria a abonar por el impuesto de sucesiones habría sido notablemente menor que la abonada en aplicación de la normativa estatal. Este pronunciamiento es confirmado ahora por la AP Barcelona al conocer de la apelación de los notarios demandados, condenándoles solidariamente a abonar la diferencia entre ambas cuotas más los intereses correspondientes.

TC

VULNERACIÓN DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Falta de control jurisdiccional del embargo acordado por la Agencia Tributaria

Ref EDE 2020/706337. STC 2ª, de 19 octubre 2020. Rec. 36/2017 Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

RESUMEN: Tutela judicial efectiva. Embargo acordado por la Agencia Tributaria: control jurisdiccional. El TC declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de una empresa a la que se le denegó en la jurisdicción penal la modificación de las sumas previamente consignadas en exceso a la Agencia Tributaria, como consecuencia de un embargo acordado por esta para garantizar las eventuales responsabilidades pecuniarias en el contexto de unas diligencias penales incoadas por un delito contra la hacienda pública. Haciendo una interpretación excesivamente rigorista de la normativa aplicable, se dejó imprejuizada, por una supuesta falta de competencia de los órganos penales, la solicitud de control judicial de la medida cautelar acordada, control que se atribuye por la ley de manera específica y directa a dicho orden (FJ 3 y 4).

ITER PROCESAL: Se recurre en amparo frente a la negativa judicial, en el orden penal, de modificar la cuantía del embargo acordado por la Agencia Tributaria para garantizar las eventuales responsabilidades pecuniarias en el contexto de unas diligencias penales incoadas contra la entidad recurrente por un delito contra la hacienda pública. Tanto el Jdo. Instrucción nº 15 Valencia, por medio de sendos autos, como la Sección 4ª de la AP Valencia rechazaron la solicitud de reducción de cantidad y devolución del exceso consignado, alegando que se trataba de un embargo administrativo. EL TC aprecia vulneración de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, pues el control judicial de estas medidas se atribuye por la propia ley de manera específica y directa al orden jurisdiccional penal anulando, en consecuencia, las resoluciones de los órganos judiciales de instrucción y apelación.

Notificación defectuosa de procedimiento tributario vulneradora del derecho a una resolución fundada en derecho

Ref EDE 2020/730363. STC 2ª, de 16 noviembre 2020. Rec. 2303/2017 Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

RESUMEN: Derecho a resolución fundada en derecho. Notificación defectuosa de procedimiento tributario. El TC declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución fundada en derecho, cuando el órgano judicial incurre en un error patente al afirmar la inexistencia de prescripción de una deuda

tributaria tras estimar correctos los intentos de notificación efectuados por parte de la administración, ignorando que las notificaciones debían ser calificadas de defectuosas pues no se llevaron a cabo con la debida diligencia. No puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales y perjudicando paralelamente al particular afectado por el acto administrativo, quien fue privado del conocimiento del procedimiento tributario en la fase de pago voluntario, siendo después, sin embargo, localizado en su domicilio real en la fase de apremio y ejecución de la deuda, todo ello como consecuencia de la falta de diligencia de la administración al no realizar una notificación debida desde el momento inicial (FJ 4).

ITER PROCESAL: Recurre en amparo una heredera contra la que se inició procedimiento ejecutivo para liquidar el impuesto de sucesiones y donaciones, tras diversos intentos de notificación personal fallidos durante el período de pago voluntario. El TEAR de Madrid anuló las providencias de apremio pero, por el contrario, el TEAC dio por buenos los intentos de notificación, interrumpiendo la prescripción en favor de la Administración tributaria. Este pronunciamiento fue confirmado por la AN, alegando que la notificación no fue posible llevarla a cabo "por causas ajenas a la Administración" y el posterior recurso de casación fue inadmitido por el TS. El TC otorga el amparo solicitado al apreciar vulneración de la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, ya que la AN ignoró que la Administración dirigió la notificación en fase de apremio al verdadero domicilio de la recurrente y no lo hizo en cambio en los momentos anteriores, pese a conocerlo, lo que ha supuesto que se beneficiara de su propia irregularidad, por lo que debe anularse la resolución recurrida.

TJUE

EXENCIÓN DE IVA

Servicios de gestión de fondos de pensiones no exentos de IVA al no considerarse operaciones de seguros

Ref EDE 2020/667620. STJUE 1ª, de 08 octubre 2020. Asunto C- 235/19

RESUMEN: IVA. Exención: operaciones de seguros. Gestión de fondos de pensiones. Resuelve el TJUE la cuestión prejudicial sobre el art. 135.1 a) Directiva 2006/112 del IVA y declara que los servicios de gestión de inversiones prestados con cargo a un régimen profesional de jubilación, con exclusión de toda indemnización por riesgo, no pueden calificarse de «operaciones de seguro» en el sentido de esta disposición y, por tanto, no pueden estar comprendidos en la exención del impuesto prevista en ella para tales operaciones (FJ 20-52). Y ello tanto si el servicio se presta por compañías aseguradoras o no aseguradoras.

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial sobre el art. 135.1 a) Directiva 2006/112 del IVA se plantea en el contexto de un litigio entre una empresa inglesa y la Administración tributaria y aduanera de Reino Unido acerca de la sujeción al IVA de los servicios de gestión de fondos de pensiones. El Tribunal no los considera exento por no ser «operaciones de seguro», sino operaciones accesorias, tanto si los servicios se prestan por aseguradoras como por compañías no aseguradoras. La Directivas sobre seguros no asimilan ambas actividades.

Elaboración de dictámenes por experto independiente en seguro de dependencia.

Ref EDE 2020/667612. STJUE 8ª, de 08 octubre 2020. Asunto C-657/19

RESUMEN: Exención IVA. Seguro de dependencia. Elaboración de dictámenes por experto independiente. Resuelve el TJUE la petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del art.132.1, g), Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del IVA. A efectos de la exención del impuesto prevista en esta disposición, considera que los dictámenes de evaluación de la dependencia elaborados por un experto independiente por cuenta de un servicio médico de una caja del seguro de dependencia, dictámenes utilizados por esta para apreciar el alcance de los derechos a las prestaciones de asistencia social y de seguridad social de los que puedan disfrutar sus asegurados, constituye una prestación de servicios directamente relacionada con la asistencia social y con la seguridad social, siempre que sea indispensable para garantizar la correcta ejecución de las operaciones correspondientes (FJ 28-32). Permite que se deniegue a dicho experto el reconocimiento como organismo de carácter social, incluso si, en primer lugar, presta sus servicios relativos a la elaboración de dictámenes como subcontratista, a petición de dicho servicio médico, que sí ha recibido tal reconocimiento, en segundo lugar, los costes de elaboración de estos dictámenes son soportados, de manera indirecta y a tanto alzado, por la caja del seguro de dependencia de que se trate, y, en tercer lugar, dicho experto tiene la posibilidad, en virtud del Derecho interno, de celebrar, directamente con esta caja, un contrato relativo a la elaboración de esos dictámenes para beneficiarse de dicho reconocimiento, pero no ha hecho uso de tal posibilidad (FJ 33-53).

ITER PROCESAL: La cuestión prejudicial que resuelve el TJUE sobre el art. art.132.1, g), Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del IVA, se plantea en un litigio entre la Administración tributaria alemana y una enfermera titulada en relación con la exención del IVA respecto de los servicios que prestaba, consistentes en elaborar dictámenes de evaluación de la dependencia de los asegurados de una caja del seguro de dependencia, en calidad de subcontratista del servicio médico de dicha caja. El Tribunal no considera exenta del impuesto esta prestación de servicios al no reconocer a los expertos independientes que elaboran estos dictámenes como organismos de carácter social, cuyas prestaciones de servicios o entregas de bienes sí están exentas.

DOBLE IMPOSICIÓN

Inexistente doble imposición en la concesión administrativa para el uso privativo del dominio público radioeléctrico

Ref EDE 2020/667637. STJUE 8ª, de 06 octubre 2020. Asunto C-443/19

RESUMEN: Dominio público radioeléctrico. Uso privativo: tasa e ITPyAJD. El TJUE resuelve la cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del art. 13 Directiva 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE, planteada en el contexto de un litigio entre Vodafone España, S. A. U., y la Diputación Foral de Gipuzkoa por una posible doble imposición a aquella por la concesión administrativa del derecho de uso privativo del dominio público radioeléctrico que se le había otorgado. Considera que no es contraria al Derecho de la Unión una normativa estatal que grava el derecho de uso de radiofrecuencias con una tasa por reserva del dominio público

radioeléctrico y con el impuesto sobre transmisiones patrimoniales por la constitución de concesiones administrativas de ese dominio público en virtud de una normativa que no es aplicable de manera específica al sector de las comunicaciones electrónicas, cuando el hecho imponible de tal impuesto está vinculado a la concesión de los derechos de uso de radiofrecuencias, siempre que esa tasa y ese impuesto, en su conjunto, cumplan los requisitos establecidos en el referido artículo, en particular el requisito relativo al carácter proporcionado del importe percibido como contrapartida del derecho de uso de las radiofrecuencias, circunstancia que corresponde comprobar al tribunal remitente (FJ 19-54).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial que tiene por objeto art. 13 Directiva 2002/20/CE, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, se plantea en un litigio entre Vodafone España, S. A. U., y la Diputación Foral de Gipuzkoa, por una posible doble imposición a aquella por la adjudicación de varias concesiones de uso privativo del dominio público radioeléctrico. El Tribunal no aprecia la doble imposición, pues una cosa es la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, cuyo hecho imponible es la reserva para uso privativo de una frecuencia de tal dominio público, y otra el impuesto sobre transmisiones patrimoniales que grava el desplazamiento patrimonial resultante de la constitución de concesiones administrativas de ese dominio público. Por ello no considera contraria al citado artículo la normativa española que grava el uso de radiofrecuencias con ambas cargas.

PLUSVALÍA

Desigualdad de trato fiscal en plusvalía de residentes y no residentes

Ref EDE 2021/511895. STJUE 1ª, de 18 marzo 2021. Asunto C-388/19

RESUMEN: Plusvalía. Residentes y no residentes de un Estado miembro. Discriminación y libre circulación de capitales. El TJUE resuelve la cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los arts. 18 y 63 a 65 TFUE, planteada en un litigio entre la Autoridad Tributaria de un Estado miembro y una empresa no residente en relación a la liquidación practicada por plusvalía inmobiliaria. Dichos artículos se oponen a la normativa de un Estado miembro que permita al sujeto pasivo elegir el régimen fiscal aplicable para evitar que las plusvalías procedentes de la venta de inmuebles situados en su territorio por un sujeto pasivo residente en otro Estado estén sujetas a una carga fiscal superior a la que se aplicaría a las plusvalías obtenidas por un residente. Al no existir ninguna diferenciación objetiva entre contribuyentes residentes y no residentes que pueda justificar una desigualdad de trato fiscal entre ellos, no puede ofrecerse a estos como alternativa el sistema fiscal previsto para aquellos, pues sería discriminatorio y restringiría la libre circulación de capitales, siendo por ambos motivos incompatible con el Derecho de la UE (FJ 20-47).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto los arts. 18 y 63 a 65 del TFUE. Se plantea en el contexto de un litigio entre la Agencia Tributaria portuguesa y una empresa con residencia fiscal en Francia, en relación a la liquidación de la plusvalía por la venta de un inmueble situado en Portugal. En la normativa portuguesa, la base imponible de este impuesto no era la misma para los residentes y no residentes, soportando estos una carga fiscal superior que la que se aplicaba a aquellos, de tal modo que su situación era menos favorable. El TJUE considera que esta diferencia de trato no está justificada por una razón imperiosa de interés general, por lo que es discriminatoria y restringe la libre circulación de capitales.

Recensión bibliográfica

Por Plácido Barrios Fernández
 Notario de Alcalá de Henares

«Notarios escritores en la edad de plata»

José-Antonio Linage Conde
 Febrero 2021, 213 p.
 Colección Notariado Hoy

Cúmpleme el honor de hacer la reseña del libro publicado recientemente por la editorial Wolters Kluwer en la colección *Notariado hoy*, bajo el título **NOTARIOS ESCRITORES EN LA EDAD DE PLATA**, cuyo autor es José-Antonio Linage Conde.

El autor, notario de Madrid jubilado, doctor en derecho y en historia, es autor de una extensa producción bibliográfica donde predominan los estudios sobre el monacato -considerado autoridad mundial en la Orden Benedictina, siendo su obra en siete tomos la de referencia en la materia- y sobre su pueblo natal, Sepúlveda, del cual es Cronista Oficial.

Habla en el título de una **Edad de Plata de notarios escritores**: es sabido que al primer tercio del siglo XX se le ha denominado la **Edad de Plata** de la cultura española por la calidad y el protagonismo de los intelectuales, literatos y artistas del período.

El libro se estructura en una introducción, una segunda parte dedicada al novelista y autor dramático Rafael López de Haro. Una tercera, a los agraristas Julio Senador y Juan Díaz del Moral, para acabar con la parte más extensa dedicada al sin par Joaquín Costa.

La Obra cuenta con jugosas notas al pie de página, que, en el caso de Linage, son siempre garantía de sumo interés, recogiendo datos, anécdotas o recuerdos personales que considero de *“lectura obligada”*. Impagable por curiosa la referencia al programa clásico *“Cesta y Puntes”* a propósito del lugar de nacimiento de Costa.

La **introducción** bajo el título de *¿Quién leía, quien lee a los juristas?* aborda el tema de los notarios escritores. Se ha dicho que *“todo notario lleva dentro de sí las ruinas de un poeta”*. El autor cita a dos máximos exponentes, González Palomino y Núñez Lagos: el primero, por la armonía de sus construcciones y la variedad de sus registros sin excluir la ironía. Se cuenta que sorprendió gratamente a Juan Goytisolo, cuando descubrió un texto

suyo en casa de su primo Juan Vallet. De Núñez Lagos, resalta la elevación de su manejo del idioma con margen para alguna evasión poética.

A modo de justificación nos dice Linage que pretende ocuparse de algunos autores y sus obras como ejemplos de las aportaciones de los notarios a las letras en esa llamada Edad de Plata siendo exponentes de nuestra evasión a esos campos distintos.

Rafael López de Haro, novelista y autor dramático, nacido en 1876, es abordado en esa doble dedicación. Tuvo notable éxito en ambos campos. Decía *“debo ser muy mal notario y muy mal novelista, porque los notarios siempre me presentan como gran novelista, y los novelistas como un gran notario”*. Refutaba a Baroja de una manera muy expresiva y que claramente compartimos diciendo que *“la más humana, la más entrañable de todas las novelas, está escrita, sangrando, en el archivo de cada notaría”*

Nos dice Linage que fue Decano en Burgos y Zaragoza, lo que da idea de que no eludió sus compromisos colegiales. Muy interesante la referencia que hace a un Tribunal de Oposiciones al que equipara gráficamente con un Consejo de Guerra. Hombre polifacético, fue gobernador civil de varias provincias. Como curiosidad nos dice que a Lopez de Haro se le ha catalogado entre los llamados novelistas eróticos. Por lo demás estudia su obra en ambas facetas, abordando igualmente las críticas que mereció su producción. Quizás se echa en falta un estudio más detallado de las características específicas de su novela pues dentro de su grupo cada uno tenía su manera- pensemos en lo que va de Alberto Insúa a Antonio de Hoyos y Vinent y de Eduardo Zamacois a Pedro Mata.

La tercera parte titulada **“La tierra en el protocolo: Dos agraristas”**, estudia a dos notarios de notable interés por su implicación en el momento histórico que les tocó vivir, Juan Díaz del Moral y Julio-Senador Gómez-Maestro.

Juan Díaz del Moral, natural de Bujalance (Córdoba) donde nació en 1870, pueblo famoso por las agitaciones sociales en los años treinta del pasado siglo. Estuvo vinculado a la Institución Libre de Enseñanza y es conocido por su aportación como parlamentario -fue Diputado por la Agrupación al Servicio de la República- a la reforma agraria. Es autor de la conocida *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas*, obra avanzada de la historia social, no sólo narra los hechos, sino que los explica. Nos dice Linage que Alberto Ballarín, otro notario agrarista, elogia a Díaz como fundador de la antropología cultural en España.

Julio-Senador Gómez-Maestro es conocido como Julio Senador, en realidad su nombre compuesto, o por el *“Notario de Frómista”*, donde desarrolló parte de su carrera notarial. También agrarista como el anterior, nació en 1872. Su primer libro, *Castilla en escombros* es para el autor un lamento a



Recensión

su despoblación, quizás precedente, como bien señala, de la actual España vacía. Con la *Canción del Duero* tuvo, para Linage la fantasía de escuchar al Duero su canción y su lectura efectivamente nos permite sentir el fluir de sus aguas.

De Frómista se traslada como notario a San Vicente de Alcántara, en Extremadura, de la que pudo presumir conocerla palmo a palmo, por haberla recorrido a caballo con el mismo ímpetu que su Castilla natal. Nos dice Linage y así lo estudia que dedicó toda su obra a la problemática de la tierra, escribiendo con conocimiento directo del argumento. Se le llamó el *Costa redivivo*, y se nos dice que nadie puede discutir su "*parentesco espiritual*". Estudia nuestro autor su calificación dentro de los llamados *georgistas* españoles, si bien se cuida mucho de criticar o comentar la posible vigencia de sus pensamientos. Linage, a diferencia de Ballarín con Díaz, no se pregunta por ello por su ideología política concreta, lo que podría figurar en el debe como quizás también en el caso de Díaz.

Acaba esta parte diciéndonos que el cordobés Díaz fue agricultor y universitario, mientras que el castellano, Julio-Senador, observador y *sentidor* desde la atalaya de su notaría. De ahí explica la diferencia de sus mensajes, frente a la visión del pasado desde un presente de sereno reformador intelectual al lamento desgarrador y la protesta encendida.

La última parte del libro se dedica a **Joaquín Costa**, el "león de Graus". Pasa revista nuestro autor en primer lugar a las obras publicadas sobre el conocido regeneracionista, incluso desde la perspectiva notarial, nunca exento de críticas.

En el esbozo de su vida, incide en la enfermedad degenerativa (distrofia muscular) que le acompañó y, para Linage, condicionó mucho, a diferencia del caso de Julio-Senador, que, enfermo de polio, no le afectó tanto. Bien es verdad que Costa sufrió un crónico empeoramiento progresivo hasta acabar siendo una de las causas de su muerte.

A esa desgracia se añade la de la pobreza, no solo la inicial, sino hasta la madurez y el final, llegando, como nos indica, a situaciones de antología. Un remedio habría sido el Notariado, pero se quedó en una frustración. Muestra de su situación precaria es que en 1872 obtiene el título de Licenciado por la Universidad Central, y el de Letras el año siguiente, dilación debida, se nos señala, a la falta de dinero para pagar las tasas de las dos a la vez.

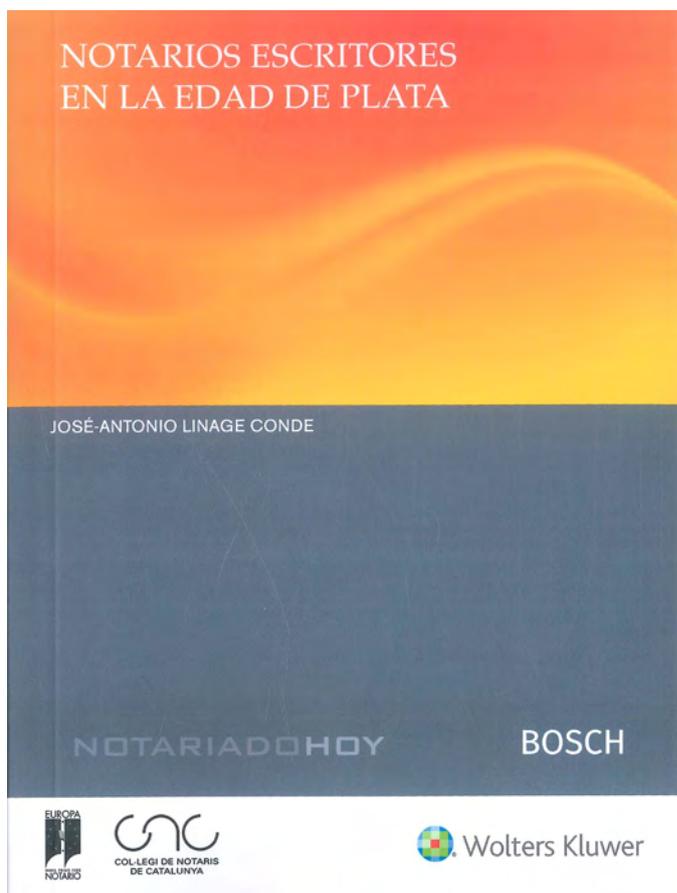
Efectivamente leyendo este libro y cualquiera de sus biografías nos encontramos con una experiencia vital de continuo sobresalto. Nuestro autor confiesa que leyendo la de Ciges Aparicio le suscita una impresión de sufrimiento, como un contagio del que padeció siempre Costa.

Antonio compara la trayectoria vital/profesional de Costa con la de los dos notarios antes estudiados, resaltando, por contraste, que Costa llegó al Notariado a la edad de 42 años, apenas ejerció y encima tuvo constantes problemas con la Dirección, de los que trata igualmente.

En el estudio de su obra, detallado, se nos habla de un hombre absorbido por su dedicación al problema de España, a la enmienda de los errores. Le llama *Excitator Hispaniae*, calificativo de Unamuno, pero que nos dice encaja mejor en Costa.

Hace igualmente referencia al colectivismo y al problema del agua, y, dentro del apartado *El notarialista exacerbado* a su propuesta para la ordenación del notariado, que obviamente levantó críticas también referidas. Publicó obras singulares como *Reorganización del Notariado* y *Derecho Consuetudinario del Alto Aragón*.

También se alude al famoso pleito de La Solana, que tantos sinsabores causaría a nuestro querido notario.



En su faceta puramente profesional nos dice que ingresa por Jaén en 1888, del que nos señala su escaso trabajo allí. Al cabo de seis años se traslada a Madrid. Aquí, su fracaso profesional fue estrepitoso: en 1901, sólo 41 documentos y en los últimos diez años no autorizó documento alguno. Se da la circunstancia de que su predecesor en la plaza autorizó 2951 números el último año.

Una omisión es no haber consultado los protocolos autorizados por don Joaquín en Jaén y Madrid; en vez de esto Linage utiliza aportaciones de otros estudiosos.

El título dado por nuestro autor de "**La Notaría tácita de Joaquín Costa**", evidentemente hace referencia al deseo, nunca cumplido, de obtener la plaza notarial de Graus. Linage lo trata en extenso y lo señala como fuente de una de sus grandes frustraciones. Costa nada más ingresar pretendió permutar la suya de Jaén con el compañero del pueblo, Cincunegui, pero no accedió, y, éste al poco, tras enviudar, dejó vacante la plaza. Entonces, en 1891, la pidió, pero se le negó porque siendo de categoría distinta, aunque inferior, podría perjudicar a otros compañeros. Fernández Casado en su *Tratado de Notaría* se hace eco del caso.

Antonio nos dice que Costa perdía de esa manera la única oportunidad de lograr una estabilidad económica, sin detrimento del pleno desarrollo de su personalidad y el cultivo de sus ideales. Se quedó, concluye, en la **notaría tácita**, la de los notarios y escribanos coterráneos que habían ido transmitiendo el legado, el más precioso para él de la costumbre gestada y reconocida en el seno de la libertad civil.

Concluyo: De Linage se ha dicho que "*vive intensamente todo lo que escribe*". Los afortunados lectores de esta obra podrán a buen seguro dar fe de ello.

La jurista M^a Carmen Gete-Alonso recibe el Premio Puig Salellas

El pasado 4 de Noviembre de 2020 tuvo lugar en el Colegio la entrega del XII^o Premio Puig Salellas, en un acto de aforo limitado presidido por la consejera de Justicia, Ester Capella, acompañada del decano del Colegio, Joan Carles Ollé. El premio este año se ha otorgado a M^a Carmen Gete-Alonso, catedrática emérita de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona y directora de la sección de Persona y Familia de la Comisión de Codificación de Cataluña.

El premio Puig Salellas es el máximo galardón que otorga anualmente el Colegio, para reconocer a una persona o institución que, a nivel de Cataluña, haya acreditado una destacada trayectoria de estudio, investigación, creación, docencia o aplicación del Derecho.

La Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña ha acordado por unanimidad concederle el Premio "en reconocimiento a su extraordinaria trayectoria jurídica en los campos académicos, científicos y codificadores, y en especial por su maestría en el seno de la Universidad Autónoma de Barcelona, que la ha convertido en un referente universitario indiscutible, así como a sus brillantes aportaciones de estudio y de investigación en el campo del derecho civil y en el proceso de elaboración del Código Civil de Cataluña. Por todo ello, la Dra. M^a Carmen Gete-Alonso se ha convertido en una de las más importantes juristas de las últimas décadas en Cataluña y en el conjunto del Estado"



La consejera de Justicia, Ester Capella, entregó el XII^o Premio Puig Salellas



Vida corporativa

La glosa de la figura de la premiada fue a cargo de Ferran Badosa, catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, quien hizo un repaso de su trayectoria profesional y a sus publicaciones

El entonces decano del Colegio, Joan Carles Ollé, destacó que “en estos años se ha puesto de relieve, una vez más, el muy alto nivel de excelencia de nuestros juristas” y remarcó de la premiada “el haber destacado y seguirlo haciendo en el campo científico, académico y codificador”. La consejera de Justicia, Ester Capella, remarcó en su discurso que “M^a Carmen Gete-Alonso es un referente jurídico indiscutible en Cataluña, por su prestigio, por sus conocimientos y porque visibiliza y empodera a las mujeres que tienen que llegar”. Así mismo, le agradeció su colaboración en la Comisión de Codificación, donde actualmente preside la sección de Persona y Familia, lidera el grupo de trabajo de género y por su contribución al grupo de mediación.

La glosa de la figura de la premiada fue a cargo de Ferran Badosa, catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, quien hizo un repaso de su trayectoria profesional y a sus publicaciones. Por su parte, M^a Carmen Gete-Alonso quiso agradecer a todos sus maestros y afirmó que “el desarrollo del derecho civil catalán, la ocupación docente y la investigadora es lo que más me ha llenado”.

La galardonada es licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona y Premio Extraordinario (1971), Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona y Premio Extraordinario (1975), catedrática de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Barcelona, actualmente emérita, y miembro de la Comisión de Codificación de Cataluña desde 2011, donde actualmente preside la sección de Persona y Familia.

También es presidenta de la Junta Arbitral de Consumo de Sabadell desde 1998, miembro del Consejo científico y de redacción de varias revistas jurídicas y tiene reconocidos seis tramos de investigación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Investigación, concretamente en los ámbitos de derecho de contratos; derecho de propiedad, comunidades y propiedades especiales; derecho de la persona, menores de edad, situaciones familiares personales y económicas, filiación, igualdad y no discriminación, instituciones de protección y derecho privado catalán. Ha publicado 15 monografías, así como numerosos tratados, manuales de derecho civil, comentarios de leyes y artículos en publicaciones jurídicas.

El acto de toma de posesión, fue realizado en dos grupos, con aforo reducido y retransmitido por el canal Youtube del Colegio

Toma de posesión de nuevos notarios en el Colegio



El pasado 23 de Octubre de 2020, los 91 nuevos notarios que han superado la última oposición para acceder al título, celebrada entre marzo de 2019 y enero de 2021, tomaron posesión de sus plazas. Uno de cada tres, concretamente 33, han escogido Cataluña para ejercer la profesión, siendo la Comunidad Autónoma más demandada, seguida de Andalucía (12 nuevos notarios) Castilla-León (9 notarios nuevos) y Galicia (7 nuevos notarios). Una vez más Cataluña, como ha sucedido los últimos años, se convierte en el destino más solicitado.

El acto de toma de posesión, fue realizado en dos grupos, con aforo reducido y retransmitido por el canal de Youtube del Colegio, cumpliendo la normativa a raíz de la pandemia Covid-19, fue presidido por la consejera de Justicia, Ester



Capella y, posteriormente, por el director general de Derechos y Entidades Jurídicas, Xavier Bernadí, acompañados del Decano del Colegio en la fecha, Joan Carles Ollé y miembros de la Junta Directiva.

Destinos y perfiles de los nuevos notarios

Los 33 nuevos notarios que ejercerán en Cataluña lo harán en las siguientes poblaciones:

Provincia de Barcelona (15): Badalona, Cabriels, Calaf, Esparraguera, Esplugues de Llobregat, Manresa (2), Prats de Lluçanès, Sabadell (3), Sant Boi de Llobregat, Sant Joan de Vilatorrada, Viladecans y Vilassar de Dalt.

Provincia de Tarragona (7): Falset, L'Arboç, l'Espluga de Francolí, Santa Coloma de Queralt, Tarragona (2), Vandellós i l'Hospitalet de l'Infant

Provincia de Girona (6): Cadaqués, Figueres, La Bisbal d'Empordà, Ripoll, Salt, Torroella de Montgrí-L'Estartit.

Provincia de Lleida (5): Artesa de Segre, El Pont de Suert, La Pobla de Segur, Lleida (2).

De los 33 nuevos notarios en Cataluña, 17 son mujeres y 16 son hombres. En cuanto al perfil de la promoción, el 60% son mujeres (55) por un 40% (36) de hombres, siguiendo la tendencia de las últimas promociones, en que el número de mujeres supera el de hombres.

En cuanto al tiempo medio dedicado a la preparación de la oposición, la mayoría han dedicado una mediana superior a los cinco años y no era la primera vez que se presentaban.

La distribución por Comunidades Autónomas de los 91 nuevos notarios es la siguiente: Andalucía (12), Aragón (6), Asturias (2), Baleares (2), Canarias (2), Cantabria (2), Castilla-La Fuelle (1), Castilla-León (9), Cataluña (33), Extremadura (3), Galicia (7), La Rioja (2), Murcia (1), Navarra (3), País Vasco (1) y Valencia (5).



Nuevo espacio divulgativo en el Colegio

Con el objetivo de disponer de un espacio concreto de divulgación de la figura del notario y de la profesión, con una perspectiva actual, que pone en valor el presente y la proyección de futuro del notariado y sitúa al notario como referente jurídico y eje fundamental de la seguridad jurídica, se ha instalado en la planta baja del Colegio un Espacio Divulgativo, con los recursos audiovisuales y tecnológicos más avanzados, que permitirá trasladar a muy diversos tipos de público la función notarial, los retos de presente y futuro y la historia del Colegio y del Archivo de Protocolos de Barcelona, reforzando el posicionamiento del notario como referente en el ámbito jurídico y en el marco de la sociedad actual.



La consejera de Justicia y el director general de Derecho y Entidades Jurídicas realizaron la primera visita institucional al nuevo Espacio



Vida corporativa



La instalación se ubica en la planta baja del Colegio, delante de la entrada al salón de actos

El nuevo Espacio Divulgativo, abierto tanto al colectivo notarial como el resto de operadores jurídicos y a otros perfiles profesionales, cuenta con un muro audiovisual de gran formato para proyectar varios videos sobre la función notarial, los grandes proyectos y retos del notariado en el siglo XXI y el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, así como una vitrina interactiva que recoge los grandes hitos tanto de la historia del Colegio, de la profesión y del Archivo de Protocolos, una selección de diferentes documentos notariales desde el siglo XIII hasta 1820 e información de los decanos de la institución. También se ha instalado una vitrina expositiva que permite mostrar documentos notariales del Archivo Histórico que tengan un especial valor divulgativo a raíz de una efeméride o un tema concreto.

El proyecto es un paso más en la voluntad de abrir la institución a la sociedad, acercando de una manera tecnológica y atractiva visualmente el pasado, presente y, sobre todo, futuro de la profesión, a la vez que ha supuesto modernizar la zona del vestíbulo previo al salón de actos.

En el muro audiovisual se proyectan en estos momentos tres producciones audiovisuales



El notariado europeo se reúne en Barcelona

El derecho de sociedades y su digitalización, la adaptación de los regímenes económico-matrimoniales y de parejas de hecho, los poderes y la certificación, legalización y autenticación fueron los grandes ejes de debate

El pasado 25 y 26 de octubre de 2020 se celebró la reunión anual del Notariado europeo en Barcelona, concretamente en la sede del Colegio Notarial de Cataluña, sede semipermanente de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado y de la Academia Notarial Europea desde mayo de 2013.

En el transcurso de estos dos días, cerca de un centenar de notarios procedentes de 27 países de Europa asistieron a este encuentro, en la que es la quinta reunión que la CAE celebra en nuestra ciudad. La reunión fue presidida por las máximas autoridades notariales a nivel mundial y europeo, José Marqueño, presidente de la Unión Internacional del Notariado (UINL), y Franco Salerno, presidente de la Comisión de Asuntos Europeos de la UINL, acompañados de Joan Carles Ollé, entonces decano del Colegio Notarial de Cataluña.



El derecho de sociedades y su digitalización, la adaptación de los regímenes económico-matrimoniales y de parejas de hecho, los poderes y la certificación, legalización y autenticación fueron los grandes ejes de debate.

La Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado (UINL)

La Comisión de Asuntos Europeos (CAE) es la comisión de Europa en la Unión Internacional del Notariado (UINL), la organización no gubernamental que integra 88 notariados de todo el mundo, y que promueve, coordina y desarrolla la función y la actividad notarial en el mundo. En total, representa dos terceras partes de la población mundial y más del 60% del Producto Interior Bruto mundial. Divide su actividad por continentes, y es la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) la que trata todas las cuestiones europeas.

Forman parte de la UINL cerca de 300.000 notarios de todo el mundo, cuenta con dos millones de colaboradores y genera aproximadamente 400 millones de escrituras todos los años. Entre los 88 países del mundo que la integran se incluyen 22 de los 28 países de la Unión Europea y 15 de los que pertenecen al G20. La Comisión de Asuntos Europeos (CAE) reúne a todos los países miembros de la Unión Internacional ubicados en Europa - 36 notariados - entre ellos 22 de los 28 de la UE y 15 del G20 - y cinco más como observadores.

También el notariado español

El sábado 26 de octubre, el Colegio Notarial de Cataluña también acogió la reunión del Pleno del Consejo General de Notariado, que reúne a los 17 decanos autonómicos. De esta forma, Barcelona reunió en esas fechas a los máximos representantes del notariado nacional e internacional, constituyendo el punto de encuentro de las principales instituciones notariales del país, de Europa y del mundo.



Adquisición de un nuevo edificio para albergar parte del Archivo de Protocolos

En agosto de 2020 el Colegio adquirió un edificio ubicado en la calle Ciudad de Asunción 52 de Barcelona, que permitirá ubicar parte del Archivo general de Protocolos. Actualmente los diferentes espacios habilitados para alojar el Archivo están prácticamente ya al límite de su capacidad, hecho que hacía necesario buscar un nuevo edificio para alojar parte de este.



Vida corporativa

Situado en el barrio de Sant Andreu, muy próximo a la zona del 22@, de gran desarrollo de la ciudad, que en los últimos años se ha convertido en un polo de atracción de empresas tecnológicas e internacionales, y muy bien comunicado, cuenta con 3754'5 metros cuadrados de superficie construida distribuidos en varias plantas.

Su capacidad aproximada es de 30.000 metros lineales de estanterías, colocadas en armarios compactos, lo que significa que se prevé que pueda alojar entre 25 y 30 años de protocolos.

Se han iniciado ya las obras de adaptación del espacio a las necesidades específicas que permita que el edificio cumpla con todas las garantías que se requieren para alojar los protocolos.

Este se suma a los diversos locales ya existentes fuera del Colegio, ubicados en Ramón y Cajal 3, de Molins de Rei y tres más en la calle Entença de Barcelona. En las cuatro plantas subterráneas del Colegio, donde se aloja también el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, disponemos de 13 km lineales de estanterías.

En agosto de 2020 el Colegio adquirió un edificio ubicado en la calle Ciudad de Asunción 52 de Barcelona, que permitirá ubicar parte del Archivo general de Protocolos

José Alberto Marín, elegido decano del Colegio Notarial de Cataluña

El pasado 15 de noviembre de 2020, el Colegio Notarial de Cataluña cerró su proceso electoral con la elección de José Alberto Marín Sánchez como decano. Del total de 372 votos emitidos (87% del total de notarios de Cataluña), la candidatura ganadora recibió 238 (64%), mientras que la lista encabezada por José Vicente Torres obtuvo 121 votos (32%). Hubieron 6 votos en blanco y 7 nulos. El censo electoral fueron los 429 notarios en activo de toda Cataluña.

El acto de toma de posesión, fue presidido por la consejera de Justicia, el día 25 de Noviembre de 2020.





Esta es la composición de la nueva Junta de Gobierno:



Decano-Presidente: José Alberto Marín Sánchez



Vicedecana: Raquel Iglesias Pajares

Censor 1º: José Marqueño Ellacuría

Censor 2º: María Armas Herráez



Censor 3º: Andrés Valdés Segura



Censor 4º: Pablo Vázquez Moral

Censor 5º: María Simón Marco



Tesorero: Albert Domingo Castellà



Secretario: Víctor Javier Asensio Borrellas



La nueva junta mantendrá un total de nueve miembros y representatividad de los distritos notariales de las cuatro provincias catalanas. José Alberto Marín (1959) y quien ha sido vicedecano del Colegio los últimos doce años, durante el mandato de Joan Carles Ollé, es licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia y notario desde 1986. Ha ejercido en Les Borges Blanques, Monforte de Lemos (Galicia), Sant Feliu de Llobregat, Reus y, desde 1995 es notario en Barcelona. Es docente desde hace 30 años en el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, mediador civil y mercantil del Centro de Mediación y Conciliación Notarial y miembro del Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña, entre otros cargos.



Vida corporativa

Una vez celebradas las elecciones en los Colegios, el 28 de Noviembre de 2020 quedó constituido el nuevo Consejo General del Notariado, que acordó la reelección como presidente de José Ángel Martínez Sanchiz, decano del Colegio Notarial de Madrid y como vicepresidente Raimundo Fortuny, decano del Colegio de las Islas Baleares

José Ángel Martínez Sanchiz, reelegido Presidente del Consejo General del Notariado

Una vez celebradas las elecciones en los Colegios, el 28 de Noviembre de 2020 quedó constituido el nuevo Consejo General del Notariado, que acordó la reelección como presidente de José Ángel Martínez Sanchiz, decano del Colegio Notarial de Madrid y como vicepresidente Raimundo Fortuny, decano del Colegio de las Islas Baleares. El decano del Colegio, José Alberto Marín, formará parte de la Comisión Permanente, elegido por unanimidad de los 17 decanos autonómicos, recuperando la presencia del Colegio en el organismo de máximo peso en la orientación de la estrategia de esta institución, formado por los dos máximos representantes del Consejo y tres decanos. A los ya citados se sumarán Ignacio Ferrer, decano del Colegio de Extremadura y Francisco Cantos, decano del Colegio de Valencia.

Posteriormente, en el pleno del 19 de diciembre, María Teresa Barea, decana del Colegio Notarial de Andalucía, y Luís Fernández-Bravo, decano del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, fueron designados portavoz y delegado de nuevas tecnologías respectivamente. Ambos se incorporarán a la Comisión Permanente del CGN como miembros adscritos.

Entre las principales líneas estratégicas del actual Consejo destacan la implantación de las nuevas tecnologías, vehiculada a través del Portal Notarial del Ciudadano, la atención y apoyo a los emprendedores y empresarios, tanto en lo que atañe a la constitución y funcionamiento de sus empresas como en lo concerniente a las decisiones que antes o después deba adoptar en cuanto a su sucesión o traspaso, la colaboración con las Administraciones Públicas para proponer soluciones en beneficio del interés general y la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Sesiones prácticas del Instituto Notarial de Derecho Internacional Privado

El Instituto Notarial de Derecho Internacional Privado (INDIP), creado por el Colegio Notarial de Cataluña con el fin de fomentar la formación tanto de notarios como de otros juristas en esta materia, ha seguido organizando casos prácticos y seminarios.

El Instituto es coordinado por Pablo Vázquez Moral, miembro de la Junta Directiva del Colegio y cuenta con el apoyo de Beatriz Añoveros Terradas, doctora en derecho por la Universidad de Barce-lona, responsable de Derecho Privado y directora de relaciones internacionales de ESADE, y Cristina González Beilfuss, catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Barcelona y miembro del comité organizador de la Comisión de Derecho de Familia europea.

El 16 de Junio de 2020 tuvo lugar una sesión de casos prácticos dirigida a notarios, aplazada desde el 17 de marzo de 2020 debido a la pandemia del Covid-19. Fue el primer acto cultural del Colegio en formato exclusivamente virtual.

El tema del caso práctico fue "Consecuencias financieras del divorcio, prestación compensatoria y régimen económico matrimonial". En dicho caso práctico se manejaron diversos reglamentos comunitarios y Convenios Internacionales relativos a esta materia: el Reglamento (UE) 2016/1103 en materia de regímenes económicos matrimoniales; el Reglamento (CE) 2201/2003, también conocido como reglamento de Bruselas II bis, el Reglamento (UE) 1259/2010, también conocido como Reglamento Roma III, el Reglamento (CE) 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos y el Protocolo de la Haya de 23 de Noviembre de 2007.

El 26 de noviembre de 2020, también en formato virtual, se realizó una nueva sesión. En primer lugar se trató la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 en relación a la aplicación de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a los préstamos hipotecarios sujetos a derecho extranjero cuando el bien inmueble hipotecado se encuentra en territorio español. También se resolvió un caso práctico relativo a los "Pactos en previsión de ruptura matrimonial, en el que se manejaron también algunos de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales referidos en el caso práctico anterior.

En el marco del Instituto Notarial de Derecho Internacional Privado (INDIP), creado por el Colegio Notarial de Cataluña con el fin de fomentar la formación tanto de notarios como de otros juristas en esta materia, ha seguido organizando casos prácticos y seminarios

Reglas para la publicación de trabajos en *LA NOTARIA*

- 1. CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
- 2. REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
- 3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
- 4. ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará *a informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
- 5. PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
- 6. NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.



Toda la
actualidad
del Colegio
en un solo
click

Puedes consultar la revista La Notaria,
otras publicaciones y toda la actualidad en
www.notariosdecataluña.org

Y también puedes acceder al Archivo
Histórico de Protocolos de Barcelona,
conocer la Fundación de los Notarios de
Cataluña, informarte sobre la Academia
de Opositores de Cataluña . . .

**Todo esto y mucho más. Así de
fácil, así de cómodo, así de rápido.**