

La Notaria

Número 1 | 2019

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

La nueva Ley de Crédito Inmobiliario a fondo: análisis y opiniones

«No hay consciencia de que el derecho internacional privado afecta a la vida diaria del ciudadano»

Entrevista a **Alegría Borrás Rodríguez**
PREMIO PUIG SALELLAS 2018

«El Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona es el archivo notarial con mayor peso y significación de todo el mundo»

Entrevista a **Laureà Pagarolas i Sabaté**
DIRECTOR TÉCNICO DEL ARCHIVO HISTÓRICO DE PROTOCOLOS DE BARCELONA (1988-2017)

TRIBUNA

Luis Fernández-Bravo Francés
Miriam Anderson
Federico Adán Domènech
Javier Martínez Lehmann
Joan Carles Ollé Favaró

DOCTRINA

Estudio práctico de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario

PRÁCTICA

La conflictividad en las operaciones sobre el capital social: tutela del socio y algunos supuestos especiales

SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

NOVEDAD



iQMEMENTO NOTARIOS LEFEBVRE

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



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



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



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



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

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN

91 210 80 00

clientes@lefebvreelderecho.com

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

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

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión por 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

La Ley de contratos de crédito inmobiliario, por fin, entra en vigor en España

Cuando ya se tendría que estar revisando, así lo contempla el art. 44 de la propia Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 (que fija la revisión, de la Directiva, “a más tardar el 21 de marzo de 2019”), entra en vigor en España la Ley de contratos de crédito inmobiliario, Ley 5/2019, de 15 de marzo (en adelante, LCCI), que dada la confianza que tenía el propio legislador europeo en su virtualidad –basta ver todo lo que contempla como revisable, empezando por la FEIN y acabando por la “evaluación de la proporcionalidad de las advertencias”- pues ha salido lo que ha salido, que de momento ha requerido de múltiples aclaraciones y a expensas de lo que en su día resuelvan los Tribunales, incluido, desde luego, el TJUE; en todo caso, queda la esperanza de que entre todos podamos lograr que venga a resolver la notoria problemática existente –en concreto, en la jurisprudencia española, tal que la retroactividad de la cláusula suelo, el vencimiento anticipado y, de futuro, el IRPH y el carácter real de los préstamos hipotecarios- en materia de financiación hipotecaria. Pero la fundada esperanza de que todo funcione mejor no permite ocultar que cabe albergar serias dudas de que venga a mejorar nada substancial (como es la pérdida de la vivienda habitual, pues aquí ha estado todo el problema, singularmente si volviera a darse otra crisis hipotecaria), y ello es así por mirar más hacia lo que ya pasó, que no a poner nuevas bases para lo que podrá pasar; y, en consecuencia, se opta por transponer –solo parcialmente- la Directiva 2014/17/UE, y, eso sí, dedicar singular esfuerzo a poner remedios a la problemática transposición, y peor aplicación práctica, de la Directiva 93/13/CEE, consecuencia –pues no se puede soslayar- de la no infrecuente contradicción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con la de nuestro Tribunal Supremo (TS), como se manifestó –de forma epónima- con la irretroactividad de la cláusula suelo; unido a las reiteradas cuestiones prejudiciales, algunas aún sin resolver por el TJUE o, en otro caso, de concretarse cómo se aplicarán en España, tal que el vencimiento anticipado.

Al margen de lo que pasó y aún pendiente en parte de resolver, conviene reiterar, para lo que es y puede ser *el control notarial de legalidad y el de abusividad*, que ambas cosas no son lo mismo (ni se pueden confundir), por el distinto momento en que se pueden dar o se pueden apreciar, baste el ejemplo de lo que fue la interpretación de la cláusula suelo, que la STS 1916/2013, de 9 de mayo admitió como lícita en sí, aunque la declaró abusiva (por lo que mal se podía expulsar *ab initio*), y, además, reiterada jurisprudencia posterior la consideró siempre como abusiva (y ahora sencillamente se elimina, *cfr.* art. 21.3 LCCI, otra cosa es el “techo”, al efecto, art. 2., Dieciocho, de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que modifica la sección 3 de la parte B del anexo I, de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que en su punto 4, dice que: “Se especificará de forma destacada la existencia de límites al alza (techos) del tipo de interés variable o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés –aquí sin matizar si es al alza o a la baja-); y, sin duda, sería igualmente abusiva con más o menos información precontractual, pues en los contratos con condiciones generales incluso muy bien informado lo abusivo sigue siendo abusivo, justo por nada poderse negociar. Unido a que, por el momento de intervención del notario –al menos en su configuración actual-, siempre faltaría la *real opportunity* –art. 89.1 *in fine* TRLGDCU- para poder modificar la cláusula o pacto, junto a que la información no puede sanar lo que en sí es abusivo, a la vez que sería un sarcasmo que fuese admisible como no abusivo, aun siéndolo, por el hecho de estar bien informado, cuando nada se puede negociar, parece que la solución más fácil es no utilizar cláusulas abusivas, y no lamentarse de la litigiosidad, o de que obviamente se

declaren abusivas por el TS o por el TJUE, por ser los llamados a crear jurisprudencia y fijar la línea interpretativa. Ciertamente que la claridad legislativa –no parece que en la LCCI abunde por la necesidad de aclaraciones que ya se dan– y una línea reiterada y coincidente de la jurisprudencia del TS y del TJUE también ayudarán.

Otro problema no menor, pero así es la legislación europea y el modo español de transposición, es que en las minutas hipotecarias, ahora y antes, procede aplicar, a la vez y siempre que haya consumidor, la legislación de consumidores y de condiciones generales, y, además, a la vez, la nueva legislación de los créditos inmobiliarios, lo que supone una dificultad añadida, y de ahí, y por los problemas que ha dado, la necesidad de modificar la legislación de consumidores en la propia LCCI.

Al margen de los controles de legalidad y abusividad –aunque con incidencia directa en la función notarial, constitutiva al otorgarse un préstamo hipotecario– queda la construcción jurisprudencial española –no coincidente, por ejemplo, ni con la alemana, ni con la italiana– de *la transparencia formal y la transparencia material*, cuando quizás habría sido más fácil delimitar y aplicar –desde el 2013 y no en una línea evolutiva– claramente *el control de inclusión y el de contenido*, bastante elaborado por otros pagos y en nuestra mejor doctrina, unido a que dicha distinción conceptual de lo formal y lo material ha sido validada –justo por su forma de sentenciar– por el TJUE en lo que lo ha sido (que no quiere decir que sea la única ni quizás la mejor solución), a ello se une que en no pocos casos resulta bastante artificial, singularmente para dar mayor o menor relieve a la información o control notarial, baste el contraste que va desde las afirmaciones de la ya dicha –singular y problemática– STS de 9 de mayo de 2013 y la STS de 433/2019, de 17 de julio que, literal y acertadamente, dice: “*Se argumenta que el Notario efectuó una lectura extensiva de la escritura pública* [lo que, por otra parte, cabe aseverar, fue la regla general de la actuación notarial, y el que alegue lo contrario lo tendrá que probar y no caer en afirmaciones genéricas –y sin contrastar– en cuestión substancial], *pero también hemos advertido en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 367/2017, de 8 de junio; 36/2018, de 24 de enero y 357/2018, de 13 de junio, entre otras, que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por sí, la finalidad o razón de ser de la exigencia de transparencia. Del mismo modo que la intervención del notario no es suficiente para superar dicho control ante la ausencia de una información precontractual (SSTS 36/2018, de 24 de enero, 9/2019, de 11 de enero, 188/2019, de 27 de marzo entre otras)*”, poco o nada más añade el art. 15 LCCI, que comienza y acaba igual, o sea, precisando quién debe dar la información precontractual, que no la suple el acta notarial.

En lo abusivo, antes y después de la LCCI, no puede desconocerse que se trata de contratos en masa, predispuestos por una de las partes, o sea por la Entidad acreedora, con condiciones generales y, por ende, con posibles cláusulas abusivas, y estas lo pueden ser –o resultar tal abusividad– no al nacer o constituirse –momento en que el notario las podría controlar– sino también mucho tiempo después, por ser *cláusulas con efectos retardados*, y estos efectos retardados –y fuente de la mayoría de los problemas– es lo que tenían tanto los intereses de demora, como el vencimiento anticipado, y, además, como recuerda la STJUE (S. 5ª), de 7 de agosto de 2018 (en línea coincidente con la jurisprudencia del TS, sobre subsistencia de los intereses remuneratorios aunque los de demora sean abusivos), la información y asunción por el consumidor de sus consecuencias solo puede ser en consideración al momento en que se da, por lo que en operaciones a incluso treinta o cuarenta años mal se podrá saber lo que podrá pasar, y no cabe el genérico –o liviana aseveración– de que informado cualquier cosa podría pasar y se tendría que asumir, dado que ya estaba sobre aviso. Pues dudo que para el TJUE lo abusivo funcione así, unido a que tampoco es eso lo que se deduce de la antedicha STJUE de 7 de agosto de 2018.

No faltan cláusulas declaradas abusivas que sí se podrían controlar al constituirse (aunque ya había un control eficiente que es el del mercado), tal que *las comisiones de constitución u otros gastos* (objeto de cuestión prejudicial por Auto 47/2019, del Juzgado de 1ª Instancia de Palma de Mallorca, de 12 de marzo), sin perjuicio de que –y conviene recordarlo– durante lustros, tras la entrada en vigor de la Directiva 93/13/CEE, se pactasen de una concreta manera sin que fuesen objeto de discusión jurídica ni jurisprudencial, la cuestión la resuelve la STS 47/2019, de 23 de enero de 2019, unido a que algunas ya intervienen para concretar la TAE, por lo que en sí son objeto de competencia comercial entre las Entidades financieras; pues bien,

FE DE ERRATAS:

En el número 3/2018, en la página 114, se publicó, por error, el nombre del autor incorrectamente. Los autores fueron Jaume Tarabal Bosch, profesor lector de Derecho Civil (UB) y Ma Esperança Ginebra Molins, profesora titular de Derecho Civil (UB).

no obstante todo ello, ahora la doctrina jurisprudencial –y para el futuro- es arramblada en la nueva LCCI, quizás al legislador no le parece criterio seguro, pues tampoco lo aclara, aunque ya había elemento con el que se podían controlar o comparar –antes de la LCCI- como era la TAE, cosa distinta es que solo se incidiera –o interesase conocer- el interés nominal. Además resulta curioso que uno elija el notario y otro lo pague, argumento –el de la elección o interés de la intervención notarial- que también tuvo presente el TS, tanto por su Sala 1ª como la 3ª, aunque no merece la pena a estas alturas considerar la distinción entre préstamo e hipoteca (lo principal y lo accesorio), junto a que no se pide un préstamo para financiar la adquisición –y generosamente el adquirente constituye la hipoteca- sino que ya se pide –pues otra cosa no te van a financiar- un préstamo hipotecario, este sí inscribible en el Registro de la Propiedad, por lo demás quién tiene interés o no en una cosa y en la otra, excede del marco de esta editorial; si bien ahora ya hasta los impuestos los va a satisfacer la Entidad prestamista. Irreflexivo resulta todo, en verdad, pues el AJD se paga por estar exento el IVA y en este impuesto el sujeto pasivo es otro, soluciones para ser generosos precipitadas, aunque seguro la RAE tiene palabra más precisa.

A la solución legal e imperativa se pueden dar (y ya se dan) otras soluciones prácticas, tal que no pactar responsabilidad hipotecaria por intereses remuneratorios, pues ya está el art. 114,1 LH y para los intereses moratorios también están los tres puntos que imperativamente contempla el art. 25 LCCI. Por otra parte, y al margen de cómo se venía concretando en la práctica, siempre el consumidor ha podido elegir notario con la misma facilidad que lo va a poder hacer ahora, parecería que el legislador duda que así fuese por la relevancia que ahora se le vuelve a dar, pues si ya funcionaba para qué reiterar la obvia libertad de elección, solo queda pues el esperar los resultados que la LCCI dará.

Dos últimas cosas convendría no dejar de tratar, la primera *el acta notarial*, tan bien intencionada como de relativa utilidad –pues la hipoteca, *rectius* el préstamo hipotecario, se sigue, como no puede ser de otra manera, constituyendo en escritura pública, y aquí se tendrá que explicar por ser cuando se constituye, y, además, aunque gratis –para el notario- con indudable coste económico para el prestatario (desde desplazamientos a posible pérdida de horas trabajadas y salario), pero es que –mucho más preciso, aunque con inferior rango jerárquico legal- ya estaba el art. 193 Reglamento Notarial, que con magnífico lenguaje, concisión y claridad precisa qué es y qué significa la lectura por el notario, y ante la claridad legal ningún criterio jurisprudencial la puede soslayar, el problema era y es que ninguna información –por amplia que sea- puede evitar que lo abusivo siga siendo abusivo, junto a que en sí esta acta notarial es *una carga jurídica*, que como tal no se puede exigir, frente a una obligación, pero sí sancionar, y aquí es nada más ni menos que no pudiendo firmar su préstamo hipotecario, eso sí lo uno y lo otro lo podrá hacer por apoderado, que ya en sí deja constancia de quién le transmitirá la información y, por ende, parece clara su relevancia.

Pero, también, ya antes de la LCCI el consumidor se podía informar, cierto que no lo hacía, pero cabe pensar que racionalmente, al ser conocedor de que en el momento trascendental, que era y sigue siendo la escritura de constitución, de todo lo necesario se le informaba, pues así se hacía conforme exigía y, por cierto, sigue exigiendo el art.193 RN, sin que el nuevo art. 15 LCCI lo desvirtúe, y sin que el acta notarial exonere de aplicar a la escritura de constitución del préstamo hipotecario lo dispuesto por el dicho art. 193 RN, pues nada ha cambiado en la legislación notarial entre lo que es un acta notarial y lo que es una escritura pública, como tampoco que la hipoteca se constituye en escritura pública, art. 1875,1 CC. Por otra parte, y desde la óptica de la jurisprudencia del TJUE, puede derivar en *una auténtica sobrecarga que en sí podría ser abusiva*, al efecto STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-449/13 (cierto que para el crédito al consumo) y STJUE (2ª) de 20 de noviembre de 2017, que centra la abusividad en la información precontractual, y ésta la debe prestar el prestamista, pues el notario no es sino mero controlador externo del cumplimiento formal, y, así, la abusividad puede resultar de la información precontractual no transparente, de ser insuficiente, dolosa, de la sobreinformación, y, en suma, de que no se refleje de forma concisa, precisa y acomodada al consumidor lo que verdaderamente se contrata, y que ya garantizaba, reitero, el art. 193 RN.

A ello se une que el art. 15 LCCI no exige de dar la información precontractual –pues ella es la que contrata con el consumidor- a la Entidad acreedora, la que por otra parte, Disp. Ad. Cuarta LCCI, tiene la obligación de conservar la información precontractual; cabe pues concluir preguntándose qué aporta este acta notarial que no contemple ya la legislación

vigente antes de la LCCL, al margen de que se utilizase o no, y, de igual forma, que se podría también concretar al momento de la escritura, e incluso extraer al final de la escritura de constitución como compendio de párrafos y páginas de condiciones generales, mientras que ahora –aunque gratis el acta notarial– puede derivar en gastos innecesarios al tener que acudir dos veces al notario, basta pensar en extranjeros residentes fuera de España, que hasta que no compren raramente se les dejará pernoctar en lo que adquieren, o desplazamientos de fiadores, garantes y deudores, a lo más, debe concluirse, se impone coercitivamente lo que ya existía.

La segunda, e irresuelta, es *el rotundo fracaso de la fase de realización hipotecaria*, y de su fracaso derivan básicamente todos los problemas, que no de las profusamente aparecidas –al menos en la contienda judicial– cláusulas abusivas que parecían inexister, aunque fuesen las mismas cláusulas y gastos que cuando no había dificultad para pagar ni para ejecutar, unido a que cabría plantearse si verdaderamente se transpone su art. 28, con el que podría darse solución, por su generalidad, a la fase de realización de valor de la ejecución hipotecaria, así como a evitar la pérdida de la vivienda habitual; parecería que aún sigue la sorpresa de cómo sucedió o cómo se puede solucionar, al margen de las poco afortunadas reformas operadas por la Ley 1/2013 (que incluso acabó con la STJUE -S. 1ª- de 26 de enero de 2017), o en el cómo interpretar la reforma que se hizo por la Ley 41/2007, al fin de lograr novaciones que pudieran parar, como primera medida, las ejecuciones masivas, así lo reconoce la propia RD-GRN de 14 de mayo de 2015, al afirmar que: *“es conveniente efectuar un repaso de cuál ha sido la doctrina de este Centro Directivo acerca del alcance del artículo 4, número 3, de la Ley 2/1994, tras la reforma introducida por la Ley 41/2007, cuya confusa redacción ha dado lugar a múltiples y diversas interpretaciones doctrinales. En un principio la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 24 de noviembre de 2009 y 6 de mayo de 2010) consideró, para supuestos de ampliación del plazo de vencimiento de la obligación garantizada, incluso después de vencido el plazo inicialmente señalado, e incluso existiendo terceros titulares de anotaciones de embargo posteriores, como pacto perfectamente válidos tanto respecto de las partes contratantes como respecto de dichos terceros, [...]”*.

Tampoco es de recibo que lo hipotecado no sea lo primero que se tiene que ejecutar para poder cobrar, como tampoco parece admisible que haya sobregarantías (que duren toda la vida del préstamo hipotecario), o que dependa del procedimiento de ejecución se libere una u otra cantidad, o que tras variadas reformas no sea hasta ahora –y casi introducido en el último momento– que de nuevo el valor de tasación debe coincidir con el de subasta, pues si el tipo de subasta se puede rebajar al 75% aunque la liberación sea del 70 %, bien poca diferencia hay a cuando debía coincidir con el valor de tasación aunque la liberación solo fuese del 50%.

En suma, y dado que la Directiva –que solo parcialmente se transpone– tampoco es un dechado de virtudes pues todo es pretender solucionar lo ya pasado, y no cómo afrontar lo que pueda venir, una vez más reformas y reformas para poco o nada avanzar cuando no retroceder (tal que los intereses de demora), todo por vivir del cómo pudo pasar en lugar de enfrentarse a soluciones para cuando se tenga que ejecutar, pues los nuevos estudios de solvencia, de los profesionales intervinientes, etc., su éxito –quizás sea su fracaso– se podrá comprobar si vuelve a darse una nueva crisis económica y, desgraciadamente, ambos deudores perfectamente solventes al contratar se quedan en el paro y se les tiene que ejecutar su vivienda habitual.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona

	Editorial	
	<ul style="list-style-type: none"> • La Ley de contratos de crédito inmobiliario, por fin, entra en vigor en España <i>Ángel Serrano de Nicolás</i>..... 	3
	Tribuna	
	<ul style="list-style-type: none"> • La Plataforma de interconexión en la Ley de Crédito Inmobiliario <i>Luis Fernández-Bravo Francés</i>..... • La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras <i>Miriam Anderson</i>..... • ¿El principio del fin de las cláusulas abusivas? <i>Federico Adán Domènech</i>..... • Doing Business <i>Javier Martínez Lehmann</i>..... • Algunas consideraciones sobre la Ley 5/2019 Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario <i>Joan Carles Ollé Favaró</i>..... 	9 12 18 26 29
	Entrevista	
	<ul style="list-style-type: none"> • “No hay conciencia de que el derecho internacional afecta a la vida cotidiana del ciudadano” <i>Alegría Borrás Rodríguez</i>..... • “El Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona es el archivo notarial con mayor peso y significación del mundo” <i>Laureà Pagarolas i Sabaté</i>..... 	32 38
	Doctrina	
	<ul style="list-style-type: none"> • Estudio práctico de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario <i>Antonio A. Longo Martínez</i>..... 	44
	Internacional	
	<ul style="list-style-type: none"> • Cuestionario práctico sobre los Reglamentos de la UE 2016/1103 (matrimonios) y 2016/1104 (uniones registradas) <i>Andrés Rodríguez Benot</i>..... 	108
	Práctica	
	<ul style="list-style-type: none"> • La conflictividad en las operaciones sobre el Capital Social: tutela del socio y algunos supuestos especiales <i>Ricardo Cabanas Trejo</i>..... 	81
	Sentencias	
	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencias del Tribunal Supremo <i>Redacción Lefebvre-El Derecho</i>..... • Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña <i>Víctor Esquirol Jiménez</i>..... 	95 104



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad
Fernando Agustín Bonaga 108
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez..... 148



Bibliografía

- «Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo» 154



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho..... 156

La Plataforma de interconexión en la Ley de Crédito Inmobiliario



Luis Fernández-Bravo Francés
Decano del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha

Recientemente el Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha tuvo oportunidad de recibir a nuestro compañero Francisco Javier García Más, Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort, quien pronunció una conferencia, extensa y amena, bajo el título **“La evolución tecnológica del Notariado hasta la Ley de Crédito Inmobiliario”**.

Naturalmente no faltó nivel de detalle ya que narra los hechos desde la autoridad que le confiere haber sido, más que testigo, agente activo de los primeros pasos del Notariado español en el terreno de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) materializados en la **Ley 24/2001 de 27 de diciembre**, que en palabras del ponente *“marca un hito esencial en la introducción de las nuevas tecnologías en la función notarial”*.

Mirando en retrospectiva, el diseño de esta norma deja clara la necesidad de que

todos los notarios estemos conectados por una red interna, independiente y alejada del tráfico general de internet. **El objetivo no es otro que el propio de la función pública notarial: la seguridad jurídica preventiva**, que solo puede garantizarse si las comunicaciones entre notarios y de éstos con las Administraciones Públicas y con otros funcionarios, tienen lugar por medio de una plataforma monitorizada y segura, denominada internamente SIGNO.

En cumplimiento del mandato legal, en 2002, nace el **Instituto Notarial para las Tecnologías de la Información (INTI)** y en 2006 altera su denominación, pasando a ser la **Agencia Notarial de Certificación**, conocida como ANCERT SL cuyo capital pertenece íntegramente al Consejo General del Notariado, corporación de Derecho Público que, reunida en pleno, es el socio único, llevando al órgano decisorio de la entidad la plena representación democrática de todos los Colegios Notariales.

Actualmente la estructura tecnológica del notariado es capaz de **gestionar sin errores más de trece millones de firmas electrónicas anuales y unos treinta millones de sellos de tiempo**, lo que permite mantener a cada notario conectado con los sistemas del Estado, Comunidades Autónomas, Municipios, Diputaciones Provinciales y también con registros de la Propiedad y Mercantiles y con entidades bancarias de muy distinto ámbito territorial.

Pero más allá de sus virtudes tecnológicas, la red notarial ha puesto de relieve el fenómeno de la **capilaridad del Notariado**. Tiene el mismo grado de implantación tecnológica una notaría de capital de provincia que otra situada en una población de unos pocos miles de habitantes, ofreciendo al ciudadano las mismas posibilidades con independencia de su proximidad a grandes núcleos urbanos y a todos los notarios las mismas herramientas para competir en igualdad de condiciones.



Ante esta situación consolidada, el legislador decide apoyarse en las TIC como forma de proporcionar mayor seguridad a la contratación inmobiliaria, con ocasión de la trasposición de la Directiva Comunitaria 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014.

No es objeto de este artículo entrar en la parte tecnológica de la plataforma a la que se refiere la **Ley 5/2019 de 15 de marzo de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI)**. Se ha escrito mucho sobre ella y queda mucho por decir de aquí en adelante, con un capítulo especial que podremos abrir pronto acerca de los sellos de tiempo cualificados y su eficacia conforme a la normativa europea.

Ahora bien, aun cuando la ley parece referirse en todo caso a una comunicación directa entre la plataforma de cada banco y la plataforma notarial, muchas entidades bancarias no han desarrollado medios propios sino que han optado por la externalización, bien sea por interés particular, bien por falta de previsión, pero en todo caso se trata de una estructura que se interpone en la comunicación entre el banco y el notario.

Considerando las circunstancias de hecho y la aprobación relativamente imprevista de la Ley, en tiempo de descuento de la pasada legislatura, **la DGRN, con buen criterio, ha establecido un período transitorio en el que convive la comunicación electrónica incipiente con una cierta libertad para la fijación del día de entrega**

de la documentación al notario. Así, mediante instrucción de 14 de junio de 2019 señala que “la acreditación fehaciente de la fecha puede lograrse mediante medios diversos” añadiendo una enumeración ejemplificativa y no cerrada que incluye tanto medios analógicos como electrónicos.

Pero pasado el período transitorio el sistema pasará a ser enteramente telemático y eso nos lleva a valorar las condiciones técnicas y jurídicas en relación con la plataforma notarial.

Según la LCCI (Art. 14.1.g in fine) la **documentación precontractual** “*junto a la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, deberá remitirse (...) al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros cuyas especificaciones se determinarán reglamentariamente*”

En consecuencia, la exposición de motivos del Real Decreto 309/2019 remite a su capítulo IV “*las especificidades y requisitos técnicos de los medios telemáticos que deberán emplearse para la remisión al notario de la documentación*” añadiendo que la “*regulación de los medios telemáticos permitirá que operen eficazmente los mecanismos previstos en la Ley (...) para garantizar la transparencia material*”. Eleva así el cauce telemático a algo más que un mero canal de transmisión de datos.

Es obvio que, conforme al marco legal definido por la Ley 24/2001, la 5/2019 y el RD 309/2019, el sistema telemático corporativo notarial debe garantizar la ruptura del nexo de comunicación con otros sistemas con los que pueda interconectarse, de forma que se impida el televaciado y la manipulación del núcleo central de los respectivos sistemas de almacenamiento de la información. Consecuentemente, **toda emisión, transmisión, comunicación o recepción de información ha de realizarse mediante el Sistema de Información Corporativo conectado, en su caso, con los sistemas que legalmente se contemplen.**

En otras palabras, no es irrelevante el medio porque garantiza una seguridad que de otro modo no existiría, constituyendo así objeto esencial del reglamento, que regula “*la utilización de medios telemáticos en la remisión de documentación por el prestamista, el intermediario de crédito inmobiliario o representante designado al notario*” según establece su artículo 1º y como excepción al principio general de neutralidad tecnológica.

Sentado lo anterior, hay que preguntarse qué plataforma es la apropiada para el intercambio de información entre el Notariado y las entidades prestamistas.

Ya en la fase de proyecto legislativo surgieron voces de origen aparentemente incierto acusando al legislador de conceder un monopolio al notariado, incluso lanzando inquietantes dudas acerca de la estabilidad de ANCERT para el caso de un “hackeo masivo” al que, por otra parte y como otras muchas infraestructuras críticas, siempre estamos expuestos y correlativamente prevenidos.

Estas posturas, en su línea de negocio, olvidan interesadamente cuál es la situación real y hay que obrar con cautela porque no es la primera vez que nos intentan vender uno al precio de dos.

El **artículo 1º de la Ley del notariado** se ocupa de recordar que el Notario es, ante todo, funcionario público y en España hay sólo una sola clase de estos funcionarios, lo que excluye de todo punto tanto plataformas privadas como plataformas independientes, por más que pudieran estar incardinadas en la estructura de un colegio notarial, cuya competencia no puede extenderse más allá de sus fronteras naturales.



El concepto que recoge el artículo 1º de la Ley del notariado es clave en cualquier acercamiento a la posición del notario en su relación con otros agentes del tráfico jurídico. **La plataforma de interconexión de los notarios, entre sí y respecto de terceros, sólo puede ser una: la prevista en la Ley 24/2001**, siempre desde el respeto a la organización interna de cada entidad pública o privada, que en uso de su autonomía y dentro de un libre mercado, sea elegida por aquellos para la prestación de servicios en su respectiva esfera.

Queda muy claro que la remisión es “desplazamiento de información” de modo que la remitida por el banco ha de quedar en la plataforma del notario y ser inalterable por el remitente.

Por ello resulta lógica la resolución en consulta dictada por la DGRN de 14 de mayo de 2019, que interpreta la LCCI y su reglamento y de la que resulta que una plataforma organizada por el prestamista en cuanto pueda afectar a la libre elección, coloca bajo la sombra de sospecha todas las operaciones que la entidad formalice.

Queda muy claro que la remisión es “desplazamiento de información” de modo que la remitida por el banco ha de quedar en la plataforma del notario y ser inalterable por el remitente. Asimismo “todas las comunicaciones previstas (...) deben obligatoriamente realizarse por el canal previsto en la ley 24/2001 de 27 de diciembre”, esto es, la plataforma telemática del notariado, con fundamento en la función pública que la Ley atribuye al notario, conectada con el Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Respecto de la plataforma del banco, intermediario financiero o representante del mismo, aclara que puede ser un gestor, en sentido amplio, siempre que se acredite la representación conforme a las reglas gene-



rales de la representación mercantil. Pero lo que en ningún caso hace la LCCI es habilitar en blanco o en abstracto para que se pueda interponer una plataforma de intercambio de información producida por la aplicación de la norma. De permitirlo se vaciarían de contenido de buena parte de las exigencias, responsabilidades y garantías que establece la propia ley.

Indudablemente cada entidad prestamista dispondrá de la mayor autonomía para organizar internamente el cumplimiento de sus obligaciones, con sus propios medios o externalizando las labores materiales que precisen el cumplimiento de sus obligaciones, pero será la propia entidad, en nombre propio o por medio de representantes voluntarios, quien las llevará a cabo formalmente en su nombre y a ella se imputarán directamente sus resultados.

Cobra así pleno fundamento que, según la **circular de obligado cumplimiento**, antes citada, el intermediario o el representante no puedan “exigir al notario que se incorpore en una plataforma privada”; que el notario no pueda realizar comunicaciones al margen de la plataforma SIGNO conforme a la Ley 24/2001; y que no pueda remitir

testimonios o copias del acta fuera del ámbito de la plataforma notarial.

Y es que la resolución en consulta de la DGRN considera las comunicaciones del notario a la plataforma como testimonios o copias parciales del acta, siendo la primera vez que el notario, en el ejercicio de la función pública, tiene reconocida la posibilidad de remitir copias electrónicas autorizadas a utilidad un destinatario privado, como es la entidad bancaria.

En suma y concluyendo, **el notario es, a la vez, un funcionario público y un profesional del Derecho, obedeciendo a éste doble carácter la especial organización del notariado, pero es evidente que en dichas características subyace un objetivo de interés público, como es el principio de seguridad jurídica preventiva.** No estamos en asuntos comerciales sino que la plataforma de interconexión prevista en la LCCI es un elemento al servicio de una función pública y de un interés superior en el que no deben admitirse negocios privados, injerencias externas ni chiringuitos hipotecarios.

La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras



Miriam Anderson
Profesora Agregada de Derecho Civil
Universidad de Barcelona
Codirectora de ClinHab

Primero pusimos las esperanzas en la normativa de la UE y luego en la regulación española de transposición de aquella. Ambas llegaron tarde y ambas decepcionan. Somos muchos los que, desde que empezaron a publicarse los trabajos preparatorios de una y otra, sospechábamos que se trataría de otra oportunidad desaprovechada, a ambos niveles. Y, por desgracia, hay que concluir que, en líneas generales, así es, aunque en ciertos aspectos son bienvenidas las reformas que aporta la Ley 5/2019, de 15 de marzo (LCCI).

I. El ámbito de aplicación: más distinciones en un marco normativo de por sí complejo

Algunos de los problemas que presenta la LCCI son heredados de la Directiva 2014/17/UE que transpone. Así, sin ir más lejos, en algunos de los aspectos que definen su ámbito de aplicación.

Desde el punto de vista objetivo, el art. 2.1 describe, en términos prácticamente idénticos a los del art. 3.1 de la Directiva, los contratos que regula: préstamos (o, se añade, “créditos” – art. 2.3 – no fuera que se reprodujeran las discusiones surgidas a raíz de la Ley 2/1994) con garantía real sobre bienes inmuebles para uso residencial o aquellos que, aunque no recaigan sobre un inmueble de este tipo, tengan como finalidad la adquisición o la conservación de derechos de propiedad (expresión que debe entenderse como “derechos reales”) sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, así como a la intermediación para la conclusión de contratos de estos tipos. A continuación, excluye del ámbito de la Ley las operaciones enumeradas en el art. 3.2 de la Directiva, entre las que se incluyen, por ejemplo, los préstamos ofrecidos en exclusiva a empleados “a título accesorio” y en mejores condiciones que las de mercado o las hipotecas inversas.

Por supuesto, la transposición es correcta en este punto, pero no hay que olvidar que el legislador era libre de extender la protección prevista en la norma comunitaria a otras operaciones que quedaron fuera del ámbito de la Directiva. Por fortuna, aunque presenta otros defectos, como en seguida se dirá, la LCCI no hace uso de la facultad que otorga la Directiva de excepcionar parcialmente la aplicación de sus disposiciones, en particular las relativas a publicidad y a la FEIN, a otros productos, como las hipotecas puente, la inversión en inmuebles residenciales para alquilarlos (*buy-to-rent*) o las concedidas por entidades prestamistas con finalidad social, señaladamente las cooperativas de crédito.

Y digo que ello es adecuado, no solo por razones de justicia material (si la protección que se otorga se considera idónea, no se ve por qué excluir este tipo de operaciones), sino especialmente porque ello contribuye



a simplificar el marco normativo. No puede ser eficiente un mercado de préstamos hipotecarios en que los operadores necesiten una hoja de cálculo para averiguar a qué normativa se encuentran sujetos supuestos sustancialmente iguales y que, por sentido común, deberían caer bajo el mismo paraguas.

En cambio, esto es justamente lo que sucede con el **ámbito de aplicación subjetivo de la Ley**. Si bien el art. 1 define su objeto en la protección de personas físicas (yendo, por tanto, más allá de lo que exigía la Directiva), el art. 2.1 distingue y, por lo que se refiere a los contratos de préstamo cuya finalidad sea la adquisición o conservación de derechos reales sobre terrenos o inmuebles construidos o en construcción, exige que el prestatario sea consumidor.

La extensión de la protección a las personas físicas sin necesidad de que actúen como consumidoras merece ser aplaudida, especialmente porque comporta la inclusión de préstamos o créditos con garantía real concedidos a trabajadores autónomos en el ámbito de su profesión, siempre que la garantía grave un inmueble de uso residencial (que, dicho sea de paso, no sabemos qué es, porque ni la Directiva ni la Ley lo definen; aunque esta última da a entender que debe cumplir una función “doméstica” – tampoco definida – hay que recordar que de ningún modo se identifica

este concepto con el de vivienda habitual). Incluso se podría haber ido más allá y amparar también a pequeñas empresas.

Sin embargo, lo que no deja de ser llamativo que ese mismo autónomo no se halle amparado por la LCCI si hipoteca un terreno o un inmueble en construcción o de tipo distinto: el riesgo que asume es, potencialmente, de la misma entidad y la posibilidad de que la obligación se haga efectiva sobre el resto de su patrimonio, incluyendo la vivienda habitual, existe. Claro está que se quiso excluir a los promotores inmobiliarios del marco de protección que se brinda, pero ello arrastra también al fontanero, al agricultor o al informático que trabaja por cuenta propia.

Por otro lado, **una de las novedades positivas de la Ley es que se extienda a fiadores y garantes reales**, por mucho que la redacción del art. 2.1 sea especialmente desafortunada en este punto: ni a unos ni a otros se les “conceden préstamos”, sin perjuicio, ni que decir tiene, de que interesa que conozcan y entiendan el contenido de aquello a lo que se obliga el deudor principal. Cuestión distinta es averiguar si estos garantes deben ser personas físicas o actuar como consumidoras dependiendo del tipo de operación en la que participen. Surgen dudas de toda índole en este punto, que, sin duda, generarán discusiones.

II. La información precontractual y las prisas al legislar con tanta demora

Otro de los puntos en que, en línea de principio, la LCCI bebe de la Directiva, como no podía ser de otro modo al tratarse de uno de los aspectos objeto de armonización máxima, es el **papel central que se atribuye a la información precontractual**. Y como en la Directiva, surge la siguiente duda: si tan relevante es esta información, no se alcanza a comprender por qué no se aplica a supuestos, como el de la hipoteca inversa, en que el prestatario se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica – la que le conduce a concertar lo que, por definición, es un “mal negocio” –, tal vez agravada por los condicionantes que conlleva la edad. Recordemos que este tipo de operaciones podía haberse beneficiado del mismo nivel de protección, si el legislador español hubiese optado por ello.

Otro de los puntos en que, en línea de principio, la LCCI bebe de la Directiva, como no podía ser de otro modo al tratarse de uno de los aspectos objeto de armonización máxima, es el **papel central que se atribuye a la información precontractual**.

Sea como fuere, **es dudoso que la FEIN vaya a suponer una mejora**, entre otras cosas porque, dejando de lado su extensión y la ausencia de elementos que contribuyan a visualizar la comparación de ofertas, así como la generalizada crítica a poner el acento en la información precontractual, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, inspirada en la Propuesta de Directiva de marzo de ese mismo año, ya recogía básicamente los extremos que exige la Directiva. Y así nos ha ido desde entonces.

A ello añade la Ley la FIAE, la información sobre las cuotas en préstamos a interés variable, la copia del proyecto de contrato, la información sobre los gastos (que la Ley distribuye), las condiciones de los productos vinculados o combinados y la información relativa a la obligación de recibir asesoramiento del notario, además de “toda la información que fuera necesaria”, incluyen-

do ejemplos gráficos. Es cierto que el art. 14.8 de la Directiva permite a los legisladores nacionales imponer requisitos de información adicionales a la FEIN, que deberán constar en un documento separado que podrá anexarse a aquella; pero resulta difícil encajar la cantidad de informaciones suplementarias que exige la LCCI en el planteamiento de la Directiva que, aunque criticable conforme ya se ha mencionado, sí perseguía simplificar la información pre-contractual, como presupuesto ineludible para su utilidad. Se trata de una aspiración que recoge literalmente la DA 5 LCCI para limitar el desarrollo normativo en este punto por parte de las Comunidades Autónomas, pero que no se aplica el legislador estatal a sí mismo.

Se exige que en la FiAE conste la referencia, en su caso, "a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado". Esto es innecesario y posiblemente contradice la razón por la que la FEIN fue objeto de armonización máxima, puesto que en esta ya debe constar la existencia de límites al alza o a la baja del tipo de interés variable.

Pero cabe destacar todavía una curiosidad, fruto sin duda de la "premura" con que se tramitó la Ley – recordemos únicamente se tardaron cinco años y se aprobó con prácticamente tres años de retraso respecto de la fecha de transposición –, relativa a las cláusulas suelo. Se exige que en la FiAE conste la referencia, en su caso, "a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado". Esto es innecesario y posiblemente contradice la razón por la que la FEIN fue objeto de armonización máxima, puesto que en esta ya debe constar la existencia de límites al alza o a la baja del tipo de interés variable (véanse los apartados 3.6 y 4.2 de la Parte B del Anexo II de la Directiva, y las instrucciones idénticas que se recogen en el Anexo I de la LCCI). Pero, es más, el art. 21.3 LCCI prohíbe el establecimiento de límites a la baja del tipo de interés, con lo cual la refe-



rencia a las cláusulas suelo no debería poder aparecer en ninguna parte.

Quizá tras la saga protagonizada por este tipo de cláusulas en España no sea extraño que se haya optado sencillamente por su prohibición. Sin embargo, una vez más, notemos que con ello se generan diferentes escenarios normativos para lo que es esencialmente el mismo producto, aunque las partes cambien o la finalidad del préstamo sea distinta. Así, no cabe establecer cláusulas suelo en el préstamo con garantía real sobre la vivienda o la segunda residencia de una persona física (actúe o no como consumidor), pero seguramente sí si lo que se hipoteca es un terreno, aunque lo haga una persona física en condición de consumidor, si la financiación no se destina a la adquisición o conservación de derechos reales sobre ese terreno, sino, pongamos por caso, a cubrir gastos médicos. Por otro lado, la cláusula suelo está vetada si un trabajador autónomo, para financiar su negocio, hipoteca su vivienda o su segunda residencial, pero no si hipoteca su local. Y, por supuesto, cabrá establecerla en hipotecas inversas. **Se añade**, pues, en una cuestión de detalle, como tantas otras, **una nueva capa de complejidad a un marco normativo ya de entrada demasiado complicado** para todos los operadores implicados, incluido naturalmente el consumidor.

III. El control notarial de transparencia

Pero, como es de todos conocido, la LCCI va más allá y pretende blindar los contratos

de préstamo o crédito hipotecario frente a eventuales litigios futuros por medio de la controvertida "acta de transparencia (material)" prevista en el art. 15.

Aunque no voy a entrar en ella en estas breves líneas, conviene apuntar que es en buena medida comprensible el afán del legislador por garantizar un cierto nivel de seguridad jurídica, visto que las alegaciones basadas en la falta de transparencia y en la abusividad de las cláusulas contractuales se han convertido, durante los últimos años, en el segundo deporte nacional. Si bien es verdad que con este ejercicio se han ido depurando los contratos de cláusulas abusivas – y buena falta hacía –, también lo es que ello con frecuencia ha comportado un cambio de las reglas del juego a medio partido, lo que no es saludable para los prestamistas, como no lo sería tampoco para los consumidores si la alteración se produjese en su contra. Y el legislador pretende poner fin a esta situación – en una cruzada que se prevé ya fracasada – ideando una forzada intervención notarial que, por el momento, parece enfurecer tanto a los prestamistas como a buena parte del notariado y a los propios prestatarios.

A los acreedores, porque tienen en estos momentos – finales de julio de 2019 – múltiples operaciones paralizadas por discusiones en cuanto a plataformas seguras y diversidad de interpretaciones en cuanto a los pasos a seguir; a algunos notarios, por razones más que obvias sobre las que, por prudencia, no me voy a pronunciar aquí, y



a los prestatarios porque perciben el nuevo itinerario precontractual como una extravagancia burocrática más que, en el peor de los casos, puede haber comportado pérdida de arras (no habría estado de más una disposición transitoria previendo esta eventualidad). Pero más enojados estarán los prestatarios si, en unos años, descubren que los tribunales interpretan de manera extensiva la presunción de cumplimiento de los requisitos de transparencia material. Y no cabe descartar que se torne en contra de este mecanismo el propio TJUE, por interpretarlo como un intento de eludir el principio de efectividad de la normativa europea de cláusulas abusivas (lo que no sería extraño a la luz de la STJUE 18.12.2014, C-449/13, *Bakkaus*, en cuanto a crédito al consumo).

Este andamiaje refleja un **intento de proporcionar seguridad jurídica que, sin embargo, ha generado ya discusiones, sin ir más lejos, en cuanto al nada desdeñable aspecto del alcance de la presunción.** Entiendo que son acertadas las tesis que defienden, con argumentos extraídos de la tramitación de la LCCI y del su articulado, que la presunción no puede extenderse a un juicio notarial de comprensión real por parte del prestatario, aunque no creo que ello se pueda fundar en que el notario no necesariamente tiene suficientes conocimientos económicos para valorarlo (¿acaso los tiene el prestatario o, si no los tenía, se los habrá podido transmitir el prestamista?)

y tampoco en que el notario no es psicólogo, puesto que el mismo argumento valdría, con todos los matices que se quiera, para el juicio de capacidad. Además, la tendencia de la LCCI a alejarse del parámetro del consumidor-medio ciertamente puede hacer dudar de lo que la norma persigue. Habrá que ver, sin duda, cómo lo interpretan los tribunales y, en función de ello, cuál es la respuesta del TJUE.

Pero es que, además, otra vez, **surgen dudas incluso en cuanto al mismo ámbito de aplicación de estas disposiciones:** mientras que para algunos al tratarse de una cuestión de transparencia, rige solo cuando el prestatario sea un consumidor, para otros se aplica a cualquier prestatario o garante de los definidos en el art. 2.1 LCCI. Esta última es, a mi modo de ver, la tesis correcta: los arts. 14 y 15 no distinguen (a diferencia de lo que hacen otros preceptos, como los arts. 24 y 25) y tampoco lo hacen ni la Orden, de transparencia, de 2011 (art. 19), ni su antecesora, la Orden de 5 de mayo de 1994 (art. 1), esta última naturalmente ajena a la influencia de los trabajos preparatorios de la Directiva 2017/14/UE: la transparencia no es un concepto exclusivo de derecho de consumo y, por no saber, no sabemos ni siquiera a qué ámbito (contratación bancaria, derecho de consumo) la refiere la Ley; tanto el TS desde 2013 como la propia LCCI, en particular con las reformas de la LCGC y del TRLGDCU (DF 4 y 8, respectivamente), no contribuyen en abso-

luto a aclarar en qué sentido emplean este concepto. Nuevamente, este es el germen de controversias futuras, de igual signo a las que en principio se pretendía evitar.

IV. Del control previo al control de contenido

El repetido afán por zanjar con carácter previo cualquier disputa futura sobre abusividad o falta de transparencia se pone de manifiesto igualmente en el **establecimiento de normas imperativas sobre intereses de demora y vencimiento anticipado.** El vencimiento anticipado se produce únicamente si se dan los impagos recogidos en el art. 24 (con su titubeo entre porcentajes del capital y mensualidades), cuyo ámbito, por cierto, presenta discordancias de calado respecto del nuevo art. 693.2 LEC. Y los intereses de demora son los que marca el art. 25, ni más ni menos. No cabe pacto en contra, ni siquiera si resultase más favorable al prestatario, eventualmente consumidor.

Como ya se ha ido destacando respecto de otros aspectos, conviene tener presente que estas reglas rigen únicamente para los contratos definidos en el art. 2.1 (a) de la LCCI, es decir, los concedidos a personas físicas con garantía real sobre un inmueble de uso residencial.

Como ya se ha ido destacando respecto de otros aspectos, conviene tener presente que estas reglas rigen únicamente para los contratos definidos en el art. 2.1 (a) de la LCCI, es decir, los concedidos a personas físicas con garantía real sobre un inmueble de uso residencial. Por consiguiente, en préstamos concedidos a *consumidores* para la adquisición o conservación de derechos sobre terrenos o inmuebles construidos o en construcción, sí es posible pactar otras condiciones para el vencimiento anticipado o intereses de demora distintos, que por supuesto estarán sujetas al control de abusividad por parte de los tribunales. Aunque estos supuestos puedan ser relativamente poco frecuentes en la práctica española, **cuanto más se analiza la LCCI más columnas se van añadiendo esa hoja de cálculo para definir qué preceptos rigen para cada operación.**

En cualquier caso, dentro del ámbito de aplicación de la LCCI, por tanto, una parte del contenido contractual viene predispuesto por la ley en términos imperativos. Y, a lo largo del articulado, se descubren otros indicios del camino que es posible que se siga en el futuro: un recorrido gradual hacia la estandarización de modelos contractuales. En efecto, el art. 22.1 establece que en los contratos se harán constar, además de los elementos esenciales, "los datos y los elementos que se determinen por el Gobierno mediante real decreto".

En cualquier caso, dentro del ámbito de aplicación de la LCCI, por tanto, una parte del contenido contractual viene predispuesto por la ley en términos imperativos. Y, a lo largo del articulado, se descubren otros indicios del camino que es posible que se siga en el futuro: un recorrido gradual hacia la estandarización de modelos contractuales.

Es decir, además de tener que adecuarse a la FEIN y a la FiAE y habiendo quedado sustraídos a la autonomía de la voluntad aspectos tales como las cláusulas suelo, los intereses de demora o el vencimiento anticipado, se prevé la existencia de otro tipo de contenido contractual obligatorio, establecido reglamentariamente (véanse el nuevo art. 5.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación supervisión y solvencia de las entidades de crédito, o la habilitación para el desarrollo reglamentario de la DF 15.1 (a) de la LCCI).

Y la facultad de desarrollo va más allá, puesto que la citada Disposición (apartado 1, letra d) prevé "el establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria y de medidas que favorezcan su utilización, que será voluntaria para las partes", al estilo belga.

Cabe preguntarse si, con el tiempo, la regla puede invertirse, de modo que el modelo (en realidad, deberían elaborarse unos cuantos, puesto que de otro modo habrá problemas para encajar los distintos ámbitos de aplicación de la LCCI) se prevea como obligatorio, salvo que las partes convengan excluirlo, para posteriormente eliminar incluso esta posibilidad, de modo que el con-

tenido contractual venga determinado por la normativa en su práctica totalidad.

Aunque la Directiva se mantuvo firme en la línea de reforzar los requisitos de información precontractual, con la idea de que esta asegura la conclusión de contratos transparentes y consentidos, es de todos sabido que la utilidad de esta técnica es relativa. **Demasiada información equivale a desinformación** y, por otro lado, si no entendíamos el IRPH, tampoco entendemos el Euribor ni creo que lo hagamos nunca. Por consiguiente, la vía de la estandarización del contenido contractual, aunque radical, no parece descartable y, por tanto, resultan bienvenidas las incursiones de la LCCI en este sentido.

Se podía conjeturar que la obligación de depositar las condiciones generales (art. 7) forzaría de hecho a la uniformización, al menos por parte de cada prestamista, pero a juzgar por la cantidad de modelos que se están inscribiendo, todo hace pensar que la norma simplemente habrá generado un archivo inmanejable. Razón de más para mover ficha en el sentido de la estandarización.

V. Nuevas fuentes de controversia

Sin embargo, por ahora, no parece que vayan a alcanzarse los objetivos de reducción de la litigiosidad que persigue la norma porque ella misma deja puertas abiertas a nuevas controversias, en particular por lo que se refiere a si se han cumplido adecuadamente o no sus propias previsiones. En este sentido, puede verse la irrenunciabilidad prevista en el art. 3, o la previsión del art. 44.3, según la cual los pactos cuya *finalidad o efecto sea reducir o menoscabar en cualquier forma* la protección otorgada por la LCCI se considerarán nulos de pleno derecho. Si las vías para alegar falta de transparencia o abusividad en el sentido empleado hasta ahora se complican o incluso se cierran, quizá se abran nuevas alternativas por infracción, justamente, de la LCCI (además, claro está, de las dudas que generan los distintos ámbitos de aplicación y de los litigios que pueda propiciar el incierto trato que se brinda a la llamada transparencia material, ya mencionados).

VI. Las novedades en cuanto al control de solvencia no sanan todos los males

El otro gran pilar en que se considera que descansa la Directiva es el control de sol-



vencia, tanto por establecer expresamente que el valor del inmueble gravado en garantía, o las perspectivas de que aumente, no deben jugar un papel predominante en la evaluación, como, muy en particular, por la prohibición de conceder el préstamo si el resultado es negativo, es decir, si no es probable que las obligaciones derivadas del contrato se cumplan de conformidad con lo establecido en el mismo.

Ni la norma comunitaria ni la LCCI (art. 11) establecen las consecuencias de la infracción de esta obligación por parte del prestamista. Sin perjuicio de las sanciones en que pueda incurrir, **falta un remedio de derecho privado efectivo y con impacto en la concreta relación contractual en la que se haya producido la concesión contra lo indicado por el análisis de solvencia** (como pudiera ser la pérdida del derecho a cobrar intereses moratorios y/o remuneratorios o la reducción del capital que debe ser objeto de devolución – es decir, la nulidad parcial del préstamo –). Parece como si también este punto, como en tantos otros, se remita al desarrollo reglamentario (DF 15.1, letra h, al referirse a las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia).

Ahora bien, del mismo modo que la información precontractual y el control de transparencia no fueron capaces de evitar los efectos de la crisis, **tampoco cabe depositar ahora en el control de solvencia todas las esperanzas y pensar que será la respuesta a todos los problemas**, no ya porque la



previsión es de sentido común y, patologías a un lado, en línea de principio aplicada, sino porque su naturaleza es, por definición, de pura estimación y el acierto o no depende de factores externos, de mercado y del concreto prestatario, que son esencialmente volátiles. Por supuesto que es preciso fomentar la concesión responsable de crédito –así como el endeudamiento responsable– y la relevancia de los intereses que la norma prohibitiva persigue salvaguardar sobrepasa con creces los efectos negativos que pueda tener en cuanto al alcance de la autonomía privada. Aquí se señala únicamente que, del mismo modo que la información precontractual adecuada no blindará al sistema frente a situaciones excepcionales, tampoco podemos hacer descansar en un control de solvencia más rígido la salud del mercado, especialmente porque, como queda dicho, incluso el prestamista más riguroso es incapaz de predecir el futuro, individual y colectivo, o incluso global.

VII. Hay claros, pero los grandes temas ni siquiera se abordan

Otros aspectos de la regulación derivan directamente de la Directiva, como sucede en materia de productos vinculados y combinados, de remuneración y formación del personal, de servicios de intermediación o de préstamos en moneda extranjera.

Aunque algunas entidades han dejado de ofrecer estos últimos para fines perfectamente legítimos y a los que toda idea de especulación es ajena (así, por ejemplo, a

ciudadanos residentes en el extranjero que quieren adquirir una segunda residencia en España pero obtienen sus ingresos en una moneda distinta al Euro), estos no han sido los casos que han generado problemas en el mercado hipotecario español y se sacrifica la conveniencia de este producto en aras de garantizar una mayor protección frente a operaciones de riesgo muy elevado para el prestatario que no se encuentra en circunstancias como las descritas. Ciertamente, la Directiva (y su transposición) frenan en este sentido las transacciones de este tipo, pero ello no es imputable al legislador español, sino al europeo.

Por otro lado, pese a lo complejo de la redacción del precepto, merece un juicio positivo la reducción de la posibilidad de pactar comisiones de amortización anticipada en préstamos a interés variable, donde el riesgo de pérdida de beneficio para el prestamista es mucho menor. Y lo mismo cabe decir de la eliminación de la declaración manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013.

Pero **los grandes temas quedan sin tocar y ni siquiera se han analizado.**

De hecho, en materia del **valor de tasación a efectos de ejecución hipotecaria, el sistema** de absoluta falta de conexión con la realidad en que se basa **se mantiene** y, en cambio, para mayor agravio, se genera una nueva discordancia con el precio de salida para la venta notarial, que no puede ser inferior al valor de tasación, de modo que no cabe la reducción del 25% prevista en el art. 682 LEC. Aunque ello se puede justificar por

la mayor agilidad que se espera de la venta notarial, el resultado es que nos encontramos todavía con un valor distinto más para el mismo inmueble, en función de que se decida ejecutar por vía ordinaria o hipotecaria o, ahora, por venta notarial, sin perjuicio, naturalmente, de la disparidad de valores de adjudicación en caso de subasta desierta dependiendo del destino que se dé al inmueble.

Tampoco se aborda la cuestión de la dualidad de procedimientos en manos del acreedor y de las posibles alternativas a la misma, ni la opción de imponer al acreedor la adjudicación del bien en caso de ausencia de postores, lo que podría disuadir de ejecutar la garantía en escenarios de recesión del mercado, como los que tenemos todos en nuestra memoria reciente y que todavía hoy se producen.

Y es que, en definitiva, la **“tolerancia razonable”** antes de ejecutar que impone el art. 28.1 de la Directiva **ni siquiera se menciona**. El precepto se ignora, como si no existiese. Es verdad que es una norma tan imprecisa en sus términos que es fácil confundirla con una declaración de principios, pero no lo es y nada hace el legislador español para prever mecanismos que procuren asegurar que el resultado de la ejecución sea proporcionado a las circunstancias de la concreta relación contractual y de las partes que la conforman. No basta una norma imperativa sobre vencimiento anticipado.

A juicio de quien suscribe, es necesario dotar a los tribunales de criterios con los que decidir, en particular, si la pérdida de la vivienda y el consiguiente lanzamiento son o no medidas proporcionadas al incumplimiento y a los restantes parámetros que definen una determinada situación. Y ello especialmente en país en que tan escandaloso ha sido el efecto de la crisis en las economías domésticas, generando la pérdida de la vivienda habitual en un número de casos, siempre incierto, pero en todo caso excesivo.

Claramente **el sistema de ejecución**, al que avalan en líneas generales décadas de funcionamiento razonable, **requiere de una adaptación**, entre otras cosas, **a préstamos o créditos de larga duración**. Poco alienta en el sentido aquí defendido el pronunciamiento mayoritario del Tribunal Constitucional en la Sentencia 32/2019, de 28 de febrero, pero quizá quepa ver en el voto particular alguna esperanza de futuro. Por ahora, esa tan mal llamada “nueva Ley hipotecaria” se ha quedado en el tintero.

¿El principio del fin de las cláusulas abusivas?



Federico Adán Domènech
Profesor Agregado de Derecho Procesal,
Universitat Rovira i Virgili, acreditado como Catedrático

1.- Introducción

La Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, LCCI) tiene como finalidad transponer al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

En el ámbito de la contratación bancaria uno de los males endémicos se ha plasmado en la inclusión en los contratos de préstamo hipotecario de determinadas cláusulas que han sido calificadas de abusivas por nuestros órganos judiciales o por la doctrina del TJUE como consecuencia del planteamiento de cuestiones prejudiciales.

2.- Cláusula suelo

Las cláusulas suelo se configuran como estipulaciones consignadas en los contratos

de préstamo hipotecarios, sometidos a un tipo de interés variable, que tienen como finalidad limitar la disminución del interés, estableciéndose un mínimo por debajo del cual no pagará el deudor, asegurándose, así el banco, la aplicación al dinero prestado de un interés mínimo, con independencia de que el interés variable pactado, en general el Euribor, sea inferior. La inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo originaba un perjuicio económico al deudor, pues con independencia de que los índices que se aplicaban a los intereses de sus préstamos sufriesen una bajada, el deudor no podría beneficiarse de la misma, debido al límite de porcentaje por debajo del cual la entidad financiera no aceptaba su aplicación.

2.1.- Tratamiento judicial de la cláusula

La máxima *quod nullumnullum est nullumnullum producit effectum*, no conduce a duda alguna, lo que es nulo

no produce ningún efecto. Máxima que encuentra cobertura legal en el precepto 1303 del Código Civil, en el que se sentencia que, *declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*.

Este precepto, en definitiva, regula la denominada *restitutio in integrum*⁽¹⁾, es decir, aquello que es nulo no produce efecto alguno y su normalización obliga a retornar a la situación originaria⁽²⁾, cualquier otra opción, por intermedia que fuese, conlleva una falta de retorno al estado inicial. Pero, en el caso de las cláusulas suelo, el problema de la retroactividad de la abusividad de las cláusulas suelo no es solo un problema de carácter jurídico, en el sentido de cumplir las consecuencias legales ligadas a la nulidad de una estipulación, sino también constituye un problema macroeconómico. Ante esta realidad, el TS dictó una sentencia en la



que se defendía la nulidad de la cláusula suelo, pero limitando las consecuencias de su nulidad, pudiéndose reclamar las cantidades pagadas solo a partir de la fecha de esta sentencia, en concreto la resolución de 9 de mayo de 2013⁽³⁾.

La respuesta del Tribunal comunitario es contundente y clarificadora. Así, la STJUE de 21 de diciembre de 2016⁽⁴⁾, sostiene que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión. La resolución del TJUE se fundamenta en las siguientes premisas:

a.- La nulidad de una cláusula equivale a inexistencia, y algo no existente no puede producir efectos y menos de carácter perjudicial al contratante de buena fe, debiéndose proceder al restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula⁽⁵⁾, y b.- La

falta de legitimación del Tribunal Supremo para limitar temporalmente, los derechos reconocidos en Directivas europeas. El Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión⁽⁶⁾, y el derecho de la unión garantiza la retroactividad absoluta de las consecuencias derivadas de la nulidad. En tales circunstancias, los órganos jurisdiccionales patrios deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión⁽⁷⁾.

Acceptando la corrección del TJUE, la STS de 24 de febrero de 2017, supuso el reconocimiento de las reglas contenidas en la Directiva 93/13 en favor de los consumidores. Así, la literalidad de la STS de 24 de febrero de 2017⁽⁸⁾, no alberga duda alguna, al manifestar que procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, haciéndose efectiva la primera de las modificaciones en la tutela judicial en contratación bancaria, y reconociéndose la retroactividad absoluta.

2.2.- Resumen del tratamiento judicial

- 1.- Tesis sostenida inicialmente por el TS:
 - STS 9 de mayo de 2013
 - Retroactividad limitada de las

consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo

- 2.- Resolución correctora del TJUE:
 - STJUE 21 de diciembre de 2016
 - Contraria a las directivas europeas, la jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula

- 3.- Tesis sostenida finalmente por el TS:
 - STS de 24 de febrero de 2017
 - Modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo

- 4.- Tesis cosa juzgada TS:
 - ATS de 4 de abril de 2017
 - Lo discutido, discutido está

2.3.- Entrada en vigor de la LCCI

Respecto de la posibilidad de consignar una cláusula suelo en los contratos de préstamo, la LCCI adopta una postura drástica que se concreta en su total eliminación, al afirmar en su artículo 21.3 que en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.

De esta forma, cualquier estipulación de este tipo resulta nula y por no puesta. No obstante, la propia LCCI establece una salvaguarda en favor de las entidades prestamistas, en el artículo 21, al manifestar que el interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo, esto es, por mucho que baje el interés de referencia del interés variable no podrá conllevar una obligación de pago al deudor, por parte de la entidad prestamista.

3.-Cláusula de vencimiento anticipado

La cláusula de vencimiento anticipado es la estipulación consignada en un contrato de préstamo hipotecario que concede el poder unilateral al prestamista, de resolver el contrato, con anterioridad a su finalización, una vez se acredite el impago, por parte del deudor, de una parte, del capital o interés ligado a la cantidad concedida⁽⁹⁾.

La incorporación de una cláusula de vencimiento anticipado a un contrato de préstamo hipotecario era una de las

muestras más claras de desequilibrio existente entre las partes contratantes. Así, como consecuencia del impago de un número determinado de cuotas, el deudor se podía ver abocado a pagar la totalidad del préstamo concedido, como consecuencia de la incoación de la facultad resolutoria que ostenta el acreedor. La problemática principal se concretaba en el hecho de que el número de cuotas impagadas, exigido para que el acreedor ostentase la facultad de resolver el contrato, no guardaba proporción ni respecto de la cuantía ni en cuanto a la duración del contrato valorado en su globalidad⁽¹⁰⁾.

3.1.- Tratamiento judicial de la cláusula

Inicialmente, la Ley procesal permitía el vencimiento anticipado del contrato ante el impago de una sola cuota. El TS admitía tal calificación considerando que el impago de una cuota era el incumplimiento de una obligación esencial del consumidor, y, por tanto, concurría justa causa para proceder a su vencimiento⁽¹¹⁾.

Esta facilidad resolutoria del contrato fue rápidamente criticada por el TJUE, en concreto en la sentencia de 14 de marzo de 2013, al afirmar que *corresponde al juez comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.*

La solución del legislador español se concretó en la modificación del precepto 693 de la Ley procesal. Así, la Ley 1/2013 modifica el artículo 693 LEC, exigiendo, para proceder a la validez del vencimiento anticipado, la concurrencia del impago de tres cuotas en vez de una. Ante la nueva redacción del precepto 693 LEC, y a efectos de evitar no aplicar la cláusula de vencimiento anticipado, que tenía

una redacción diferente, por ejemplo estipulaciones que permitían el impago de una sola cuota, se inició una actuación correctora de las entidades financieras o de los órganos judiciales, que salvaguardaban la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, esperando el impago de tres cuotas, y no ejercitando la misma ante el incumplimiento de una sola, tal y como establecía la redacción contenida en el contrato. Así, esta actuación subsanadora, resultó vetada por el ATJUE de 11 de junio de 2015, el cuál diferenciaba la descripción literal de la cláusula de la actuación de las partes interesadas, declarando que la abusividad lo es si su consignación en el contrato así la permite declarar, con independencia de cómo se ejercite⁽¹²⁾.

El TS, tras la doctrina judicial establecida por el TJUE en el auto de 11 de junio de 2015, abandona el criterio numérico para determinar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. El TS reconoce que la ampliación, en el sentido de exigir el incumplimiento de tres cuotas, y no una como establecía inicialmente la Ley procesal, puede seguir siendo igual de injusta y desproporcional, si el incumplimiento lo correlacionamos con la globalidad del contrato de préstamo hipotecario. Partiendo de ello, la STS de 23 de diciembre de 2015, enuncia los nuevos criterios que determinarán la posible calificación de una estipulación como de abusiva. Así, entiende esta sentencia, que el Juez debe comprobar, a efectos de decretar su validez o nulidad, tres aspectos: *a.- la esencialidad de la obligación incumplida, b.- la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y c.- la posibilidad real del deudor de evitar esa consecuencia*⁽¹³⁾.

3.2.- Resumen del tratamiento judicial

- 1.- Tesis sostenida inicialmente por el TS:
 - STS de 4 de junio de 2008
 - Validez impago una sola cuota
- 2.- Primera resolución correctora del TJUE:
 - STJUE 14 de marzo de 2013
 - Incumplimiento esencial. No una cuota
- 3.- Consecuencias procesales:
 - Modificación art. 693 LEC, de 1 a 3 cuotas.
 - Actuaciones subsanadoras



4.- Segunda resolución correctora del TJUE:

- ATJUE 11 de junio de 2015
- Diferencia actuación partes- redacción cláusula

5.- Tesis sostenida por el TS:

- STS 23 de diciembre de 2015/18 de febrero de 2016
- Incumplimiento esencial
- Pero no sobresee ejecución

6.- Tercera resolución correctora del TJUE:

- STJUE 26 de enero de 2017
- No moderación consecuencias abusividad

7.- Tozudez TS:

- ATS de 8 de febrero 2017
- Pregunta si es necesario sobreseimiento

8.- Resolución TJUE:

- 26 de marzo de 2019
- Depende del órgano judicial
- Depende del deudor

3.3.- Entrada en vigor de la LCCI

Con la entrada en vigor de la LCCI se establecen dos escenarios. Así, la entrada en vigor de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario condiciona la norma a utilizar para declarar el vencimiento anticipado, en especial, por su disposición transitoria primera, la cual en su apartado cuarto establece que *para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación*



lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no. De lo establecido en esta norma, podemos afirmar, que una vez entre en vigor la LCCL, esto es, el 16 de junio, existirán dos marcos legales.

En primer lugar, se aplicará el artículo 693 LEC, que permite el vencimiento anticipado por el impago de tres cuotas, en dos supuestos: a.- En los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCL, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido, y b.- Cuando el contrato no esté vencido o judicializado, pero el deudor manifieste su preferencia por la aplicación del artículo 693 LEC, frente a la regulación de la LCCL.

En segundo lugar, se aplicará la norma 24 de la LCCL, a todos aquellos contratos de préstamo hipotecario que no estuviesen vencidos o judicializados, y respecto de los cuáles el deudor no haya manifestado su preferencia en cuanto a la aplicación de la norma 693 de la Ley procesal. Los nuevos requisitos para la validez del vencimiento anticipado serán los siguientes: *Que*

la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: al 3% o doce cuotas impagadas de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo o el 7% o el impago de quince cuotas mensuales, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad.

4.- Cláusula de interés de demora

La entrega de una cantidad de dinero en concepto de préstamo no resulta ser gratuita, sino que el prestamista no sólo se asegura la recuperación del dinero entregado, sino que, asimismo, pretende obtener una contraprestación por el dinero prestado. Esta contraprestación se obtiene con la aplicación de un doble interés. Por un lado, por el cobro de los intereses remuneratorios, aplicando un porcentaje a la cantidad prestada, y, por otro lado, por el devengo de los intereses de demora, de aplicación a aquellos supuestos en que el prestatario deje de cumplir en plazo sus obligaciones pecuniarias, adquiriendo, su devengo, un carácter penalizador, ante el incumplimiento del deudor⁽¹⁴⁾.

El artículo 1108 CC, permitía, para los casos de mora, la aplicación de los intereses convenidos por las partes contratantes, y, solo ante la falta de acuerdo, la aplicación del interés legal, de modo subsidiario. Esta norma, conjuntamente con la autonomía contractual de las partes, permitida en el precepto 1125 del mismo cuerpo legal,

concedía visos de legalidad a la fijación de los intereses desproporcionados. Sin embargo, esta presunta libertad resultó ser excesiva.

4.1.- Tratamiento judicial de la cláusula

La aplicación de los intereses de demora no ha sido una cuestión pacífica, y ello se ha trasladado a la práctica judicial, siendo cambiantes las resoluciones de nuestros órganos judiciales. Inicialmente, el Tribunal Supremo aceptaba la libertad contractual de las partes como criterio determinante para la fijación de los intereses de demora, sin que se estableciese un límite concreto a los mismos. Ante esta libertad, los intereses de demora eran desmesurados⁽¹⁵⁾.

Los altos intereses porcentuales aplicables a los intereses de demora, generaron la voz de alarma entre perjudicados y órganos judiciales. Esta denuncia social y jurídica, fructificó en el planteamiento de una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, en relación a la interpretación de las cláusulas abusivas conforme a las directrices de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en los contratos celebrados con consumidores. Ante esta cuestión prejudicial, el TJUE determina que la libertad contractual debe presentar una serie de limitaciones, que eviten la desproporcionalidad y el abuso sobre el consumidor, en definitiva, viene a decir que es necesario reglamentar una serie de limitaciones a la autonomía contractual. Así, la STJUE de 14 de marzo de 2013, en relación a los intereses de demora, concede al órgano jurisdiccional, elementos de valoración, a efectos de determinar si son abusivos o no, elementos que se concretan en los siguientes extremos. En primer lugar, exige comprobar si *el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate*, y, en segundo lugar, considera necesario *comprobar a tal efecto, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.*

Tras la publicación de esta resolución, el legislador español y el TS entienden que no puede mantenerse la libertad

contractual existente hasta el momento respecto de la concreción de los intereses de demora, debiéndose proceder a la modificación tanto de la legislación hipotecaria sustantiva como procesal, a efectos de establecer una serie de límites. La primera de las iniciativas del legislador se concretó en reformar mediante el artículo tres, apartado dos, de la Ley 1/2013, la norma 114 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de prohibir que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, pudieran ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, pudiéndose devengar, asimismo, sólo sobre el principal pendiente de pago. Algunas entidades financieras renunciaban a exigir el interés pactado en el contrato, por ser superior al permitido normativamente, y se limitaban en la demanda a pedir la cantidad permitida en base a las directrices del artículo 114 LH. Esta postura adoptada por alguno de los órganos judiciales españoles es rechazada por el TJUE. En este sentido, el Auto de 11 de junio de 2015, defiende que *teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva*⁽¹⁶⁾.

El TS busca adoptar una solución "asumible" y pacificadora. Cuestión que realiza en su sentencia de 22 de abril de 2015. En esta resolución, en primer lugar, define el *status quo* de la cuestión, al afirmar que, *en España, a diferencia de lo que ocurre con otros Estados miembros de la Unión Europea, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores. Ello obliga a este tribunal a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*⁽¹⁷⁾.

Definido el problema, el TS considera, en su sentencia de 22 de abril de 2015, la decisión más equitativa *el incremento de dos*

puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal⁽¹⁸⁾. Sin embargo, es preciso destacar que esta solución, inicialmente, sólo es aplicada por el TS, a los préstamos personales sin garantía real. No obstante, es en la resolución de 23 de diciembre de 2015 y de 3 de junio de 2016, en las que se equipara la limitación de los intereses de demora aplicada a los préstamos personales, a los préstamos hipotecarios.

4.2.- Resumen del tratamiento judicial

- 1.- Tesis sostenida inicialmente por el TS:
 - STS de 22 de febrero de 2013
 - *Autonomía contractual de las partes en determinación tipo de interés*
- 2.- Primera resolución correctora del TJUE:
 - STJUE de 14 de marzo de 2013
 - *Art. 114.3 LH no superiores a tres veces el interés legal del dinero*
- 3.- Primera tesis sostenida por el TS:
 - STS 22 de abril de 2015.
 - *Adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero*
 - *Limitación solo aplicable créditos personales*
 - *Sigue sin existir límite en los préstamos con garantía real*
- 4.- Segunda tesis sostenida por el TS:
 - STS 23 de diciembre de 2015
 - *Adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero, también a los préstamos con garantía real*
- 5.- Segunda tesis correctora TJUE:
 - ATJUE de 17 de marzo de 2016
 - *La determinación de la abusividad no debe hacerse sólo en base a un criterio numérico*
- 6.- Tesis sostenida finalmente por el TS:
 - STS de 3 de junio de 2016
 - *Límite número no garantiza no sea abusivo*
- 7.- Tozudez TS:
 - ATS de 22 de febrero 2017
 - *Pregunta cuál debe ser el porcentaje correcto para el interés de demora*
- 8.- En espera resolución TJUE. Posible contradicción LCCI.



4.3.- Entrada en vigor de la LCCI

Esta incertidumbre judicial debería finalizarse con la LCCI, pues la misma, en su norma 25, establece, de forma concisa, cuál deberá ser a partir de su entrada en vigor los límites de aplicación a los intereses de demora, al afirmar que *en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible*. Resulta preciso matizar que este interés no se aplica de manera absoluta respecto de la totalidad del préstamo, sino que solo se aplicará al principal vencido y pendiente de pago, excluyéndose de su aplicación, al capital pendiente de vencimiento y pago,

5.- Cláusula de gastos del contrato de préstamo

La cláusula de gastos del contrato de préstamo es aquella que pretende atribuir al consumidor el pago de cualquier coste derivado de la preparación, formalización, tramitación e inscripción del contrato de préstamo hipotecario y su escritura pública⁽¹⁹⁾.

5.1.- Tratamiento judicial de la cláusula

Se encuentra fuera de toda duda, que la actuación unilateral del profesional, de consignar en el contrato, una cláusula que imponga el pago de cualquier



¿El principio del fin de las cláusulas abusivas?

dispendio económico, relacionado con el perfeccionamiento y/o formalización del contrato de préstamo hipotecario al prestatario, transgrede los dos requisitos de conducta exigidos en los textos normativos internos y comunitarios, a la entidad financiera para actuar de forma correcta, esto es, la buena fe y la proporcionalidad.

Esta desproporción fue corregida por el Tribunal Supremo dictando cinco sentencias con fecha de 23 de enero de 2019, en las que se determinaba a quien correspondía el gasto de cada uno de los conceptos derivados de la formalización de la hipoteca.

Gastos notariales: El TS en su sentencia de 23 de enero de 2019, sostenía que los gastos derivados del Notario debían repartirse, pues tanto prestamista como prestatario tenían diferentes intereses, el prestamista, la creación de un título ejecutivo inscribible en el Registro de la propiedad y el prestatario, obtener un préstamo a un interés inferior, al estar garantizado por la hipoteca. Las copias de las escrituras públicas si son por el prestamista solicitadas, recogiendo la doctrina del TS, que manifiesta que *deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés* -STS de 23 de enero de 2019-.

Gastos registrales: El TS sostiene que, a diferencia del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. -STS de 23 de enero de 2019-.

Gastos gestoría: La STS 23 de enero de 2019, en la que se sostiene que *las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad*.

5.2.- Resumen del tratamiento judicial

1.- Tesis sostenida inicialmente por el TS:
- STS de 23 de diciembre de 2015
- Nula por imposición total al consumidor

2.- Reparto de gastos determinado por el TS:
- STS 23 de enero de 2019 (5 sentencias)

GASTO	PRESTATARIO	PRESTAMISTA
Arancel notarial	1.- costes de la matriz, mitad 2.- modificación del préstamo hipotecario, mitad 3.- cancelación de la hipoteca 4.- copias quien las solicite	1.- costes de la matriz, mitad 2.- modificación del préstamo hipotecario, mitad 3.- copias quien las solicite
Arancel registral	1.- gastos que ocasione la cancelación de la hipoteca	1.- gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca
Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados	1.- STS 27 de noviembre 2018	1.- Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre
Gastos de gestoría	1.- por mitad	1.- por mitad

5.3.- Entrada en vigor de la LCCI

La LCCI pretende poner fin a esta heterogeneidad de soluciones mediante la inclusión en su artículo 14, de la letra e), en la que de forma clara determina y reparte qué gastos corresponden a cada una de las partes contratantes. De forma previa, exige para la corrección de la imposición de los gastos que la *información sea clara y veraz*. El reparto de los gastos queda atribuido de la siguiente forma:

A.- El prestamista deberá asumir los siguientes gastos: a.- El coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario; b.- Las copias de las escrituras públicas si son por el prestamista solicitadas; c.- Los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la propiedad; d.- Los gastos de la gestoría.

B.- El prestatario deberá asumir los siguientes gastos: a.- Las copias de las escrituras públicas si son por el prestatario solicitadas; y b.- Los gastos de tasación del inmueble⁽²⁰⁾.

C.- Supuesto especial: El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable. La normativa aplicable ha sido objeto de modificación mediante la entrada en vigor del Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Este **último** texto normativo establece dos reglas en su artículo 29:

Primera: *Será sujeto pasivo, el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*. Segunda: *Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista*.

6.- Las hipotecas multidivisa. Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera

La hipoteca multidivisa se configura como un préstamo con garantía hipotecaria,



con interés variable, pero con una peculiaridad que constituye la esencia de la misma. La moneda en la que se concreta el capital pendiente es una moneda diferente al euro, es, en concreto, una moneda o divisa extranjera. Así, el consumidor debe proceder al pago de las cuotas de amortización por capital e intereses en su divisa nacional, mientras que el cálculo de la cantidad prestada se ha fijado en una divisa extranjera. Esta modalidad de contratación bancaria, presenta en su formalización, un doble riesgo para el consumidor, por un lado, el de la variabilidad del tipo de interés, y, por otro lado, el derivado de la fluctuación de la moneda extranjera.

Es cierto que esta modalidad de contratación no es nula *per se*, encontrando cobertura legal en el artículo 1170 CC, el cual establece que el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. Literalidad que concede validez a la posible contratación en moneda dispar a la nacional, si esa es la moneda pactada.

El principal problema que se plantea para el consumidor se concreta en asumir un mayor riesgo en relación al pago del contrato de préstamo. Así, las pretendidas ventajas del producto se concretaban en la utilización de una moneda de un país que se caracterizaba por presentar los tipos de interés más bajos que los correspondientes al euro. Pero

la realidad, en muchas ocasiones era otra, pues no sólo, en ocasiones, no era ventajoso para el consumidor, sino que, además, a su vez, asumía un doble riesgo⁽²¹⁾. El primero de ellos resulta ser común a cualquier contrato de préstamo sujeto a interés variable, y se concreta en la variación del tipo de interés. El segundo de ellos, y característico de las hipotecas multidivisa, se concretaba en los peligros de fluctuación de la divisa extranjera.

De esta forma, el diferente valor de la moneda extranjera frente al euro, exige un recálculo constante de la cantidad debida, pues el valor de la moneda extranjera se tiene en cuenta tanto para la determinación de la cuota de amortización, como para la concreción del capital total aun por devolver. Así, como sostiene el TS, en la sentencia de 30 de junio de 2015, *puede ocurrir que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo*. En definitiva, la deuda es más alta que el capital prestado -STS de 30 de junio de 2015-.

6.1.- Resumen del tratamiento judicial

1.-Tesis sostenida inicialmente por el TS:
- STS de 30 de mayo de 2015

- Consideración de instrumento financiero
- Error en el consentimiento
- No control de abusividad
- Cláusula anulable

2.- Primera resolución correctora del TJUE:

- STJUE de 3 de diciembre de 2015
- No debe considerarse instrumento financiero

3.- Segunda resolución correctora del TJUE:

- STJUE 20 setiembre 2017
- Elemento esencial contrato
- Sometida control de abusividad

4.-Tesis sostenida finalmente por el TS:
- STS 15 de noviembre de 2017
- No debe ser considerado instrumento financiero

- Sometida al control de abusividad
- Cláusula nula

6.2.- Entrada en vigor de la LCCI

A efectos de paliar los riesgos comentados en el apartado anterior, la LCCI, en su artículo 20, concede el prestatario la facultad de convertir el préstamo a una moneda alternativa, en concreto a:

a) *la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo, o*

b) *la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de celebración del contrato de préstamo o sea residente en el momento en que se solicita la conversión.*

Si la información es un elemento básico, en defensa del prestatario en la contratación bancaria, adquiere una mayor trascendencia en las hipotecas multidivisa, por la complejidad del producto. De esta forma, como sostiene la STJUE de 20 de setiembre de 2017, en el caso de los contratos de divisa extranjera no solo debe ceñirse la información al mecanismo del cambio de divisa, sino que *las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la*

moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero.

Partiendo de la doctrina judicial del Tribunal comunitario, la LCCI, en su precepto 20, obliga a los prestamistas a informar periódicamente al prestatario, en los términos y plazos que se establezcan por orden de la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa, del importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión. También se informará, en su caso, de los mecanismos contractualmente aplicables para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el prestatario. (...) La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en todo caso cuando el valor del importe adeudado por el prestatario o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 por ciento del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo.

Las medidas de protección del prestatario en la contratación de los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera, se complementan con las siguientes medidas: a.- Entrega al prestatario de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN); b.- Consignación en el contrato o bien de medidas limitativas del riesgo al tipo de cambio o un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20%. La falta de estas medidas de protección del prestatario es sancionada con la nulidad de la cláusula multdivisa, considerando que el préstamo se efectuó desde un primer momento en moneda nacional.

NOTAS

- (1) STS de 13 de marzo de 2012, Nº de Resolución: 118/2012.
- (2) STS de 2 de julio 2012, Nº de Resolución: 413/2012.
- (3) STS 9 de mayo de 2013, Nº de Resolución: 241/2013.
- (4) STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15.
- (5) STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15.
- (6) STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15.
- (7) STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15.
- (8) STS de 24 de febrero de 2017, Nº de Resolución: 123/2017.
- (9) La posibilidad de la inclusión de esta cláusula en los contratos de préstamo ha sido reconocida por la STS de 23 de diciembre de 2015, al manifestar que en términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras). STS de 23 de diciembre de 2015, Nº de Resolución: 705/2015.
- (10) Constituirá cláusula abusiva cuando teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios del contrato, en este caso un préstamo personal (...) resultase excesivo y desproporcional poder declarar el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un número de cuotas que no guarda proporción con la duración y cuantía contrato -SAP Álava, Sección 1ª, de 10 de mayo de 2016, Nº de Resolución: 160/2016-.
- (11) En palabras contenidas en la STS de 4 de junio de 2008, se permite el vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, entendiendo la misma según esta misma resolución que nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Nº de Resolución: 506/2008.
- (12) En palabras del ATJUE de 11 de junio de 2015, el Juez debe manifestar la nulidad de una cláusula si lo es tal y como resulta configurada en la formalización del contrato, con independencia tanto de que se pretenda ejecutar o no, como de la forma en que se incoa, asunto C 602/13.
- (13) STS de 23 de diciembre de 2015, Nº de Resolución: 705/2015. Esta postura fue ratificada por una ulterior resolución del TS, en concreto, la dictada con fecha de 18 de febrero de 2016, Nº de Resolución: 79/2016.
- (14) El TS en su sentencia de 22 de abril de 2015, reconoce que el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones, Nº de Resolución: 265/2015.
- (15) Un ejemplo de esta postura aparece reflejado en la STS de 22 de febrero de 2013, al considerar que la prestación de intereses es la obligación accesoria que acompaña a la obligación pecuniaria principal y que viene determinada en relación al tiempo de cumplimiento y a la cuantía de ésta. Aparte de los intereses legales (así, artículo 1108 del Código civil), los convencionales se establecen por los sujetos de la obligación principal, como remuneratorios previstos para el cumplimiento normal o a término y como moratorios, para la demora en el cumplimiento de la obligación principal. Unos y otros tienen la cuantía libremente pactada por las partes (artículo 1108, "intereses convenidos" y 1255 del Código civil, principio de la autonomía de la voluntad), Nº de Resolución: 113/2013.
- (16) ATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13.
- (17) STS 22 de abril de 2015, Nº de Resolución: 113/2013.
- (18) STS 22 de abril de 2015, Nº de Resolución: 113/2013.
- (19) Esta estipulación será abusiva cuando la cláusula consignada en el contrato pretenda atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones contraviniendo, normas legales -STS de 23 de diciembre de 2015, Nº de Resolución: 705/2015-.
- (20) Es cierto que la mayoría de los órganos judiciales consideraban correcta la imposición de su pago al interesado en obtener un préstamo. Valga como ejemplo, la SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de mayo de 2014, en la que se afirma que la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el que comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca, Nº de Resolución: 175/2014.
- (21) Constituirá abusiva cuando exista una deficiente información al consumidor, sin reunir los requisitos de claridad y sencillez exigidos por la jurisprudencia, a efectos de que el prestatario conociese de antemano a la formalización de la hipoteca, las reales cargas económicas que asumía, como consecuencia de la operatividad de estas estipulaciones -SAP Toledo, Sección 2ª, de 27 de septiembre de 2017, Nº de Resolución: 123/2017-.

Doing Business



Javier Martínez Lehmann
Notario de Barcelona

Tengo que reconocer que hablar o escribir de temas informáticos o telemáticos siempre me ha resultado incómodo, en ocasiones da la sensación de que la realidad mercantil está al servicio de la tecnología, un nuevo universo o una nueva realidad vedada a los profanos en la materia. Para un problema sencillo de resolver, como es la constitución de una sociedad en tiempo breve, aparecen soluciones complicadas: dos leyes en juego, un reglamento de desarrollo y una orden ministerial que desarrolla lo desarrollado. ¿Alguien se acuerda de las sociedades exprés?

Creo que **debo poner el acento en el carácter instrumental del desarrollo tecnológico**, el cual ha de facilitar las relaciones jurídico económicas de la sociedad y no ser una carrera de obstáculos que dificulte las mismas o por complicadas caigan en el desuso, cual costumbre que pierde su vigencia. La sociedad de la información está aquí, produciendo una auténtica revolución indus-

trial, ahora bien no es un valor absoluto en sí mismo, sino que lo es en relación con las necesidades patrimoniales y personales de la sociedad en la que opera y cuyas exigencias, seguridad jurídica, no debe ni puede obviar a la hora de proponer ideas o soluciones.

Este ha sido el problema de CIRCE y la **creación telemática de sociedades**. La facilidad y celeridad en la creación de sociedades es uno de los factores esenciales que definen a un país y lo comparan con su entorno. **España** goza de los medios personales y tecnológicos suficiente para ser **un referente a nivel mundial, por la seguridad jurídica y control de legalidad existente en esa fase**. El académico Juan Velarde estuvo en nuestro Colegio dando una conferencia magistral bajo el título “Seguridad jurídica y desarrollo económico” (este no es un tema nuevo en la historia económica), poniendo énfasis en la relación directa e inmediata del primero sobre el segundo. Este es el valor de nuestra labor: dar seguri-

dad y confianza para que el país funcione. Piensen ustedes en esos proyectos o modelos alternativos a monedas o negocios “clásicos” que se han y se muestran ocultos e indomables.

¿Cómo es posible que a día de hoy la misma escritura con los mismos estatutos, dependiendo del canal de comunicación tarde en inscribirse 6 horas hábiles o 20 días naturales desde que se presenta la misma en el registro mercantil? Seguro que los eruditos en la materia encontrarán mil explicaciones. El derecho si algo es “es sentido común” y alguien en algún sitio se dio cuenta de ello o así quiero verlo yo: me refiero al último inciso del art. 16 de la Ley de emprendedores tras su reforma por ley 11/2018, cuando nos dice “siendo de aplicación lo dispuesto en este artículo cualquiera que sea la forma de tramitación” que no es sino un reflejo del considerando 9 y del artículo 14.3 de la Directiva 1132/2017 cuando no dice que las presentaciones de actos sujetos a inscrip-



ción obligatoria podrá ser elegida en papel o medios electrónicos. Me resisto a pensar que esta frase de la ley sea intrascendente o quizás me resista a que mi país aparezca en un lugar no destacado en la lista Doing Business.

Todos los operadores saben que la escritura de constitución y el NIF provisional es cuestión de horas, esta es la realidad. El hecho de que no se use CIRCE no debe buscarse más allá de la dificultad y falta de sencillez del sistema. El legislador debe tener presente la práctica, los usos sociales y mercantiles. **Esta vía CIRCE no ha funcionado, la realidad se impone más sencilla:** un señor se presenta en la notaría con su certificación de denominación, después de mucho buscar, a otorgar la escritura con sus socios y a que el notario le explique cuál será el sistema de administración, el domicilio, capital, participaciones asignadas y las normas de funcionamiento de la compañía. Este es el momento clave y señalado para los socios.

A los grandes defensores del documento privado con firma electrónica debe recordársele que fuera del ámbito extrajudicial y administrativo, los funcionarios (notarios, agentes diplomáticos y registradores) a los que para ciertos documentos privados "mercantiles" nos es permitido legitimar o "reconocer" firmas, aunque sea electrónicas, debemos presenciar las mismas si contienen declaraciones negociales. El artículo 259.2 y 261 del Reglamento Notarial

se aplica en todo ese ámbito de fe pública extrajudicial, sin que haya espacios en las profesiones públicas al margen de dicho artículo, salvo norma especial en contrario.

Centrándonos en la constitución de sociedades, que es donde estábamos, el artículo 10 de la directiva 3017/1132 sobre derecho de sociedades y con la finalidad de dotar al sistema de seguridad jurídica señala que "En todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, **en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad**, así como las modificaciones de estos documentos, constarán en escritura pública" artículo aplicable a sociedades anónimas o limitadas. El artículo 11 de la Directiva sanciona con su nulidad la falta de forma pública en estos supuestos de ausencia de controles preventivos en el momento de la constitución, entendida al otorgar el documento o escritura de constitución y sus estatutos.

Ni que decir tiene la diferencia jurídica, tanto en su nacimiento como en su valor probatorio a lo largo de la vida social, del documento público frente al documento privado. El documento público concilia el interés público y privado con la celeridad en la creación de un ente jurídico nuevo que operará en la sociedad. Es en este valor probatorio, esencial en el día a día de la sociedad, donde el considerando 4 de la Directiva nos dice "En la Unión, los estatutos o la **escritura de constitución**

de una sociedad anónima deben permitir a todo interesado conocer las características esenciales de esta sociedad, y en especial la composición exacta de su capital", en nuestro país la escritura de constitución es la escritura pública.

Constitución con estatutos tipo

La constitución de sociedades con estatutos tipo (art.15) tenía una finalidad loable, promover la inscripción de sociedades en escaso tiempo, algo que los notarios somos perfectamente conocedores y sensibles. El cómo, era estableciendo unos estatutos tipo que simplificasen la labor preventiva e imponiendo unas pautas de actuación: otorgamiento de escritura pública en 12 horas desde la solicitud, asignación de NIF provisional, envío inmediato de la escritura al Registro Mercantil con sus documentos complementarios, envío telemático de copia simple al otorgante e inscripción registral con asignación por parte de la administración de NIF definitivo en 6 horas hábiles. Los datos de inscripción son enviados al notario autorizante para que "monte" la copia autorizada y haga entrega de la misma al otorgante. Hay una necesidad en la sociedad y el legislador da la solución.

Para simplificar todo ello, por ley 14/2013 y para las sociedades con estatutos tipo, se suprimió el paso por el banco, permitiendo la no acreditación por certificación bancaria de las aportaciones dinerarias, en esta fase exclusivamente de constitución. En este caso basta la manifestación de los fundadores sobre la realidad de la misma y respondiendo solidariamente de esta frente a la sociedad y los acreedores. Hablamos de sociedades de responsabilidad limitada con capital no inferior a 3.000 euros. Este régimen se incorporó también a las sociedades de responsabilidad limitada de formación sucesiva (art 4 y 4.3 bis ley sociedades de capital). El sistema de no acreditación de las aportaciones dinerarias, en fase de constitución de sociedades limitadas se ha generalizado tras la modificación del art 62 por ley 11/2018.

Este o parecido mecanismo, no sin críticas, hasta la modificación por ley 14/2013 y creación de CIRCE (Centro de Información y Red de Creación de Empresas), **funcionaba correctamente** con el envío telemático de la escritura pública por el sistema de información notarial. **El problema vino con la obligatoriedad de iniciar la tramitación**

del documento único electrónico y todas las actuaciones relacionadas con la creación de la sociedad por vía de CIRCE (art. 13.3 y art. 15.2 ley 14/2013), “Deberá” o “se utilizará” dice en repetidas ocasiones el artículo 15. No hay margen para compatibilizar CIRCE con otros sistemas telemáticos seguros de conexión Notaría-Registro.

Sociedades sin estatutos tipo

El **acertado art. 16** extiende el sistema precedente a las sociedades que no quieren comenzar a operar con estatutos tipo, aplicando a los notarios lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo anterior, del que ya hemos hablado. Para encontrar o facilitar la labor registral se debe “inmatricular” la sociedad en 6 horas hábiles, solo con la denominación, domicilio, objeto, capital y órgano de administración que resulta de la escritura pública, rigiéndose la sociedad en lo demás por la ley de sociedades de capital, es decir, respecto los terceros de buena fe, al no estar inscritos los estatutos estos no les serán oponibles. La inscripción de estos, tras el plazo de 15 días hábiles de calificación y vigente el asiento de presentación, “valdrá” jurídicamente como modificación de estatutos, aunque la inscripción de la sociedad será una, en dos tiempos. A sensu contrario, transcurridos esos plazos sin que se haya practicado la inscripción estatutaria será necesario un acuerdo de junta, con los requisitos legales, para incorporar al registro mercantil las normas estatutarias que modifican el régimen ya consolidado de la ley de sociedades de capital. Téngase presente que la ley habla de sociedades sin estatutos tipo, es decir, aquellos que los otorgantes consideren oportunos (¡por fin algo no estándar!)

En ningún sitio de la ley requiere de una escritura tipo o estandarizada, habla de estatutos tipos con formato estandarizado (art. 15) o sociedades sin estatutos tipo (art. 16), ¿por qué lo exige el Reglamento (art 6 RD 421/2015) y la Orden Ministerial sin pedirlo la ley? Modelo de escritura con códigos. ¿Realmente es necesario semejante complicación, cuando contrastada dicha escritura tipo con la que redactamos los notarios con sujeción a la ley de sociedades, Reglamento Notarial y de Registro mercantil son idénticas?, meras modificaciones de estilo. ¿Es por ello más ágil y “moderna” una frente a la otra? Téngase presente las miles de escrituras telemáticas que se presentan en los registros públicos sin ser meros for-

mularios parametrizados y estandarizados. Como mero apunte, señalar que el modelo de escritura, no de estatutos, está en la O.M.

Aquí es donde el Reglamento y la Orden Ministerial mete a todas las sociedades telemáticas en el mismo saco, con o sin estatutos tipo (art. 7 RD 421/2015), con una gran diferencia, las sociedades sin estatutos tipo no deben acudir a CIRCE para su presentación en el Registro Mercantil, habla de “podrán” y acaba dicho artículo 16 con la novedosa frase “siendo de aplicación lo dispuesto en este artículo cualquiera que sea la forma de tramitación” ello introducido por ley 11/2018 y que parece intuir el art. 7.3 del mencionado Reglamento y en armonía con el artículo 14.3 de la Directiva.

No es posible que esta incorporación tenga por finalidad dejar las cosas como están, cuando contrastado está que, como ya he dicho, no ha funcionado el sistema DUE/CIRCE, insisto en el ámbito de constitución de sociedades, el cual modificó algo que funcionaba correctamente. Al contrario, teniendo la escritura el carácter de documento público electrónico, disp., adicional 3 ley 14/2013 y pudiendo como hace el notariado obtener certificados negativos de denominación o acudiendo los particulares-fundadores a la asignación de la misma en el portal registral o en la “bolsa de denominaciones”, así como la asignación a través de la plataforma SIGNO de un NIF provisional, **no hay razón para que el sistema de envío de la Notaría al Registro Mercantil deba ser exclusivamente vía CIRCE** para obtener la inscripción en tiempo breve, cuando ello nada aporta, es algo que no tiene ningún sentido.

En consecuencia, tras esa modificación legislativa, opino que cualquiera que sea el sistema de tramitación elegida por el emprendedor, incluida la presentación del documento físico o por vía electrónica vía CIRCE o SIGNO, y a solicitud expresa del mismo, deberá observarse por el Notario y Registrador lo prescrito en el artículo 16. ¿Podemos prescindir del mencionado modelo de escritura de la OM? No hay razón alguna a que unos estatutos no sean tipo-estandarizado y la escritura sí.

La solicitud expresa de aplicación del artículo 16 para la inscripción es necesaria en la escritura, por el especial régimen jurídico aplicable a estas sociedades que va desde la inmatriculación hasta la inscripción de los estatutos.



Por último, partamos de la idea que todo lo aquí escrito está equivocado o adolece de los prejuicios notariales del autor y que por tanto, el sistema de tramitación CIRCE no se ha visto alterado con la modificación por ley 11/2018 para obtener la “inmatriculación” en breve plazo, deberá recordarse que la disposición final 1ª de la ley de sociedades de capital nos dice:

“Por Orden del Ministro de Justicia podrá aprobarse un modelo orientativo de estatutos para la sociedad de responsabilidad limitada”.

Si la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada contuviese íntegramente los estatutos orientativos a que hace referencia el apartado anterior, y no se efectuaran aportaciones no dinerarias, el registrador mercantil deberá inscribirla en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, salvo que no hubiera satisfecho el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en los términos previstos en la normativa reguladora del mismo.”

¿Qué ocurrirá si a una escritura no estandarizada le incorporo los estatutos tipo aprobados por RD 421/2015 y se presenta al Registro mercantil por vía telemática solicitando su inscripción en 48 horas? No dejan de ser unos estatutos, cuando menos, “orientativos”. La respuesta desde un punto de vista de la lógica legal-jurídica debería ser obvia, la práctica reglamentarista no lo sé.

Algunas consideraciones sobre la Ley 5/2019 Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario



Joan Carles Ollé Favaró
Decano del Colegio Notarial de Cataluña
Director de la Comisión de Codificación de Cataluña

1.- Puede afirmarse de entrada ya con una cierta contundencia que la nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario 5/2019 supone un **refuerzo importante de la protección jurídica de los ciudadanos** que acceden a un crédito para adquirir una vivienda y un **incremento de la transparencia, la información y las garantías de los consumidores**. Comporta menores costes y más derechos para los deudores hipotecarios. Supone sin duda un salto adelante considerable y un evidente antes y después.

2.- **Históricamente nuestro sistema jurídico en materia de hipotecas ha desempeñado un papel muy positivo** en la medida que ha permitido el acceso a la propiedad a más del ochenta por ciento de familias catalanas y españolas en su conjunto, el más elevado de la UE. Hay que ponerlo en valor.

3.- Sin embargo, no se puede ocultar que **la pasada crisis económica puso de relieve las carencias de dicha legislación**, con situaciones muy injustas para los deudores. Antes de 2007 era bastante residual que a un particular deudor hipotecario le ejecutaran

la hipoteca y, aún más, que la propia entidad financiera se adjudicara la vivienda por falta de otros postores. Más aún, no había precedentes de que el importe de la deuda de particulares y consumidores fuera tan elevado que el valor del bien hipotecado y la que se manifestó como deficiente regulación del procedimiento judicial activaran la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario y este se viera en la situación de perder no solo su vivienda sino el resto de sus bienes e, incluso, quedar excluido de forma indefinida del tráfico jurídico. Se dispararon todas las alarmas.

4.- Por otra parte, **la legislación y jurisprudencia de la UE, sobre todo a partir de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, ha desempeñado en nuestro país un papel de motor muy valioso en las reformas legales** y en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con una línea clara de exigir más transparencia e información para los consumidores y de denuncia de las cláusulas abusivas y de las carencias del procedimiento de ejecución.

5.- La **evolución legislativa y jurisprudencial en nuestro país en materia hipotecaria de los últimos años, debe valorarse en este contexto positivamente en términos generales**, en la medida en que se han dado pasos seguros para una mayor protección de los derechos de los consumidores y deudores hipotecarios. Cabe mencionar en este sentido distintas sentencias del TS que todos tenemos muy presentes o, en el ámbito legislativo, la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios y la Ley 25/2015, de segunda oportunidad o, en el caso de Cataluña, la Ley 20/2014, de modificación de la Ley de Consumo, entre otras.

6.- En cualquier caso, los juristas prácticos tenemos que poner de relieve **que han pasado demasiados años desde que se detectó este muy importante problema** y que, desde la UE, se ha venido insistiendo en la necesidad de que se le ponga remedio, **sin que se le haya dado hasta ahora una solución global y de conjunto**, al menos hasta la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario de 2019 que, recordemos, lo que hace básicamente es transponer la Directiva europea

2014/17/UE sobre los derechos de los consumidores, sin duda con matices propios. El retraso es más que evidente. De todas maneras, en todo este período el carácter parcial y lento de las modificaciones legales y la línea fluctuante, a veces contradictoria, de las sentencias en nuestro país no han aportado el suficiente grado de estabilidad y seguridad jurídica en un sector económico tan relevante como el financiero e inmobiliario.

7.- Dicho esto, **ahora es preciso mirar adelante**, atendiendo al presente y al futuro inmediato, **facilitando un nuevo entorno legislativo que dé plenas garantías a los ciudadanos y seguridad a las entidades financieras y a los operadores jurídicos**. La Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario se ha aprobado en este sentido, con el fin de restablecer un marco legislativo que aporte certeza y estabilidad. La seguridad jurídica es un presupuesto fundamental para el tráfico económico, puesto que el correcto funcionamiento de los mercados exige el eficaz desarrollo de las relaciones jurídicas y la confianza de los agentes en que sus actos, que provocan circulación de riqueza, serán conformes a la ley. No es positivo para la seguridad jurídica que haya frecuentes cambios legislativos y jurisprudenciales, y menos aún que a menudo tengan efectos retroactivos. **La seguridad jurídica es un factor de progreso y de crecimiento económico, que atrae y genera inversiones nacionales e internacionales.**

8.- La nueva Ley incorpora bastantes **novedades**. Se pueden destacar algunas especialmente sensibles para los Notarios: **la derogación de la odiosa expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013**, tan distorsionadora, y **la potenciación del derecho de elección de Notario por parte del deudor**, derecho que ahora resulta muy protegido y difícil de preterir (art. 14.1, g) Ley). Es importante que los ciudadanos sean conscientes de este derecho y lo ejerzan. El fomento y la promoción del derecho a la libre elección de Notario resulta clave para combatir el fenómeno de la concentración de firmas en las entidades financieras, que distorsiona el normal funcionamiento del ejercicio de la función pública notarial.

9.- Sin duda, donde la Ley 5/2019 da un **importante salto cualitativo es en materia de las cláusulas abusivas y en el control de transparencia material, que se atribuye a los Notarios**. En efecto, una de las novedades más importantes de la Ley es la drástica eliminación de las cláusulas abusivas, suprimiendo

las cláusulas suelo y elevando mucho el listón para la cláusula de vencimiento anticipado y consiguiente ejecución de la hipoteca en caso de impago. Exigir un mínimo de un tres por ciento de capital impagado o de doce cuotas impagadas para la ejecución, en la primera parte de vida de crédito, y del siete por ciento o quince cuotas en la segunda parte, es evidente que protege mucho al consumidor y supondrá un esfuerzo importante para las entidades. En materia de cláusula de gastos, tan controvertida en el pasado reciente, se ha consolidado la jurisprudencia más avanzada, asumiendo obligatoriamente las entidades financieras el coste de la Notaría, el registro y la gestoría, además del impuesto de actos jurídicos documentados, a cuyo pago ya estaban obligadas en virtud del Real Decreto Ley 27/2018.

10.- Con todo, el eje de la reforma es **el incremento de la transparencia, la información y las garantías para el consumidor, con atribución legal de nuevas funciones a los Notarios**, que ahora podremos ejercer óptimamente el control de transparencia material (art. 15) **a través del acta previa informativa, que incorpora el test de comprensibilidad**. Los Notarios ya asesorábamos, controlábamos la legalidad y garantizábamos al consumidor el consentimiento informado. Siempre ha sido así, siempre hemos cumplido con las obligaciones que nos imponía la legalidad vigente en cada momento. Pero ahora, al determinar el legislador que el Notario controle exhaustivamente la fase preliminar del contrato con esta comparecencia previa, es evidente que el contrato gana solidez y será mucho menos vulnerable jurídicamente conforme a los actuales parámetros legales y jurisprudenciales. La función notarial gana centralidad y aumenta su proyección social y garantista de los derechos de los consumidores.

11.- Ha recibido algunas críticas la presunción de **transparencia material (art. 15.6)** que conlleva la autorización por parte del Notario del acta previa informativa. Se pueden considerar injustas e incluso ilógicas. Si la legislación anterior se había mostrado insuficiente en cuanto a todo lo relativo a la transparencia e información, según las nuevas exigencias legislativas y jurisprudenciales europeas, con todos los graves problemas, jurídicos y económicos que eso ha conllevado, y **ahora el legislador**, con justo y recto criterio, **da una solución a este problema, reforzando con la intervención notarial en la fase preliminar la transparencia material y formal del contrato**, es absolutamente lógico que, corregida la disfunción, se quiera cerrar



la brecha en la seguridad jurídica que se había creado con grave perjuicio para el conjunto del sistema jurídico y económico.

12.- **Estas nuevas atribuciones notariales son, en efecto, nuevas obligaciones**. Supondrán un incremento considerable de trabajo para los despachos, que será totalmente gratuito para el ciudadano. Ha recibido algunas críticas notariales internas la total gratuidad, propuesta, por cierto, procedente de la propia profesión. Son muchos los documentos notariales que actualmente están por debajo de su coste medio ponderado (art. 63 Reglamento Notarial) y quizá se da socialmente un mensaje equivocado sobre el arancel. En cualquier caso, se aplicará, ya se está aplicando, la nueva normativa, como siempre, con sentido de responsabilidad y voluntad de servicio público.

13.- **Cabe destacar la importante tarea**, en términos generales, **de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el desarrollo de la Ley en un sentido favorable a la aplicación práctica de los operadores** y, sobre todo, en favor del interés general los ciudadanos. La Rs, de 15 de mayo de 2019, resolviendo una consulta del CGN, la Instrucción de 13 de junio sobre depósito de condiciones generales de la contratación, y las dos Instrucciones, de 14 de junio, sobre el uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y la de las operaciones tramitadas bajo la legislación anterior y formalizadas des-



pués de la entrada en vigor de la nueva Ley, han resuelto la mayoría de dudas que se habían planteado y han generado un marco jurídico razonable en el que los operadores podemos trabajar y ejercer nuestra función, y el tráfico inmobiliario y financiero puede operar con normalidad. Ha sido una lástima que la última Resolución de esta serie, de 31 de julio de este año, a la que ahora me referiré, haya roto en cierto modo la lógica y coherencia interna de la operatividad del nuevo sistema.

14.- Una breve reflexión sobre el tema de las **plataformas tecnológicas**, que ha generado fuerte controversia. Hay que poner de relieve que **el sistema que se había establecido inicialmente**, en la resolución de la DGRN, de 14 de junio, en el sentido de que debe haber **una sola plataforma de destino, que debe ser la del Consejo General del Notariado a través de su sociedad tecnológica Ancert, era el óptimo**. Los Notarios somos funcionarios públicos que ejercemos una función pública y solo podremos cumplir a plena satisfacción las obligaciones que nos impone la Ley si queda totalmente garantizada la total fehaciencia de los datos y documentación que nos llegan a través de la plataforma; fehaciencia que, por definición, no puede quedar garantizada con las plataformas privadas.

La mencionada Resolución, de 31 de julio, ha provocado una cierta marcha atrás respecto a la citada de 14 de junio, al dejar de ser la Plataforma del Consejo General del Notariado la única plataforma de destino, tal y como determinaba esta última resolución, si bien ha establecido, en un difícil equilibrio, que **las**

actuaciones del Notario que constituyen función pública deben vehicularse obligatoriamente a través de la plataforma notarial. La intervención del Ministerio de Economía y las presiones de algunos operadores no han sido ajenas a esta modificación. Sin embargo, habrá que esperar a ver el desarrollo y los resultados de todo ello para dar un juicio más definitivo. Como siempre, **la mejor opción es la colaboración y complementariedad entre el Notario, las entidades financieras y las gestorías. Se trata de sumar en beneficio del ciudadano**.

Como elemento de reflexión no deja de resultar significativo, y una muestra más del avance imparable de la revolución digital en nuestra sociedad y de las decisivas implicaciones económicas y jurídicas que conlleva, que, en una reforma legal de esta magnitud, una de las controversias más intensas que ha habido y sigue habiendo, por no decir la más encarnizada por encima de los aspectos más puramente sustantivos, sea la titularidad y el control de las plataformas tecnológicas a través de las cuales se canaliza la documentación financiera y jurídica que se moviliza en la contratación hipotecaria.

15.- Haciendo un paréntesis respecto a Cataluña, una tarea importante en los próximos meses será **coordinar la aplicación de la Ley 5/2019 con la Ley de Consumo catalana**, que fue pionera y muy avanzada en la incorporación de la Directiva de Consumo 2014/17/UE, a través de la reforma de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre. La sentencia del TC 54/2018, de 24 de mayo de 2018, que anuló varios artículos de esta reforma, y ahora el contenido de la Ley 5/2019, que tiene carácter de legislación básica en esta materia, obliga a reflexionar, por una parte, sobre cuál es el contenido de la Ley de Consumo que sigue siendo de aplicación y, por otro lado, sobre cuál es el ámbito en el que puede seguir regulando el legislador catalán. Queda claro que todo lo que suponga avanzar en las garantías y los derechos de los consumidores es un ámbito en el que se puede seguir trabajando. El requisito necesario es que esta intervención se lleve a cabo sin distorsionar el normal funcionamiento del mercado financiero e inmobiliario. En cualquier caso, el conocimiento y la experiencia práctica de los Notarios y la colaboración del Colegio Notarial seguro que puede ser útil para ayudar en la tarea de poner en marcha una reforma de la Ley de Consumo que es inevitable y urgente.

16.- Sin duda, no puede dejar de destacarse que **existen algunos aspectos no totalmen-**

te positivos o no resueltos satisfactoriamente del todo, como el establecimiento del 3% del máximo de sobrecarga en concepto de intereses de demora, cuando el TS había consagrado el 2%, el simple maquillaje que se ha puesto en los productos vinculados, las comisiones por amortización anticipada todavía demasiado elevadas en las hipotecas a tipo fijo o la no prohibición completa para los consumidores de las hipotecas en divisas, que tanto riesgo conllevan. Y, en mi opinión, se ha dejado pasar la oportunidad de impedir los desahucios por ejecución hipotecaria cuando el deudor no tiene ninguna otra vivienda, lo que vulnera el derecho constitucional a una vivienda digna y las resoluciones de la propia ONU.

Como elemento de reflexión no deja de resultar significativo, y una muestra más del avance imparable de la revolución digital en nuestra sociedad y de las decisivas implicaciones económicas y jurídicas que conlleva, que, en una reforma legal de esta magnitud, una de las controversias más intensas que ha habido y sigue habiendo, por no decir la más encarnizada por encima de los aspectos más puramente sustantivos, sea la titularidad y el control de las plataformas tecnológicas a través de las cuales se canaliza la documentación financiera y jurídica que se moviliza en la contratación hipotecaria.

17.- Por último, a pesar de estas y de otras observaciones que se han hecho a la Ley 5/2019, **estamos hablando en conjunto de una norma que mejora claramente la posición de los consumidores** y que tiene como una de sus principales finalidades **dotar a la contratación hipotecaria de un marco jurídico sólido y estable que supere los problemas de los últimos años**, con claro beneficio para los operadores y las propias entidades y, sin duda, también para los ciudadanos. El mercado y la economía lo que necesitan es estabilidad, seguridad jurídica y confianza, que aportan las buenas normas y que tratamos de garantizar los juristas que las aplicamos. En definitiva, es una normativa positiva que incrementa la protección del consumidor y la seguridad jurídica en la fase precontractual y en el conjunto de la operación crediticia. Y lo hace reforzando la función notarial al servicio del ciudadano.



“No hay consciencia de que el derecho internacional privado afecta a la vida diaria del ciudadano”

Alegria Borrás Rodríguez

Premio Puig Salellas 2018

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Alegria Borrás Rodríguez (Barcelona, 1943) es licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona (1964) y Doctora en Derecho cum laude por la misma Universidad (1970). Catedrática de Derecho Internacional Privado primero en la Universidad de Córdoba, posteriormente en la Universidad Autónoma de Barcelona y, desde 1985, en la Universidad de Barcelona, actualmente es profesora emérita de dicha universidad, donde ha coordinado y participado en numerosos proyectos de investigación catalanes, españoles y europeos.

En el ámbito internacional ha sido delegada de España en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado desde 1986, delegada para la cooperación judicial en materia civil dentro de la Unión Europea desde 1993 y delegada en el Comité Permanente del Convenio de Lugano sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial desde 1996, entre otros.

En Cataluña, ha sido miembro de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Cataluña (1986-2005), miembro del Consejo Científico del Patronato Catalán Pro Europa del Gobierno de Cataluña (1985-2000); miembro del Consejo Nacional para la Evaluación de la Investigación (1996) y presidenta de su Comisión de Ciencias Jurídicas (1997). Desde 2012 es miembro de la Comisión de Codificación de Cataluña. También es miembro permanente de la Comisión General de Codificación de España – Sección primera: Derecho civil – desde 2005.

Es miembro de asociaciones científicas y profesionales como la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, la Asociación Española para el Estudio del Derecho Comunitario Europeo, y miembro titular del *Institut de Droit International* del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado desde 1991, entre otros.

Cuenta con más de 200 publicaciones sobre Derecho internacional privado y Derecho comunitario europeo y forma parte de los comités científicos y asesores de diferentes revistas especializadas.

Ha sido merecedora de la Cruz Distinguida de 1ª clase de la Orden de Sant Raimon de Penyafort (1996), Comandante de la Orden de Isabel la Católica (1997) y Cruz de Sant Jordi de la Generalitat de Cataluña (2014).

En 2018 fue merecedora del Premio Puig Salellas, el máximo galardón que otorga el Colegio Notarial de Cataluña.



P: ¿Cuándo decide estudiar Derecho?

R: La verdad es que siempre pensé que estudiaría Derecho. De hecho, ser universitaria también me venía de madre, porque a ella le hubiera gustado serlo y sus padres no la dejaron, eran otros tiempos. Pero ella tenía claro que yo sería universitaria. Por otro lado, mi padre era abogado y tenía muchos libros de Derecho: me gustaba leer historia del Derecho, Derecho romano... temas que a él le gustaban mucho, aunque no fuera en lo que él trabajaba porque se dedicaba a la empresa. A parte, el trabajo de jurista también me atraía. Así, a pesar de que me dediqué a aspectos muy diferentes a los que se dedicaba mi padre, me viene de familia.

Todo lo que tiene que ver con la vertiente académica me llevó a iniciar en la vida académica el programa Erasmus. Implanté este programa en el año 1995, con amigos míos y otras universidades europeas.

P: ¿Cómo vivió aquella etapa, en los años sesenta, en la Universidad?

R: Yo estudié la carrera de 1959 a 1964, y en mi etapa en la Universidad no noté la falta de mujeres; mi presencia se vivía con normalidad. Pero eran años de muchas preocupaciones universitarias y políticas, años muy movidos. Más adelante, en los años 1970-1972, recuerdo a la policía entrando en la Facultad. Y recuerdo al Decano, que era Don Antonio Polo, una persona y profesor excelente, que, cuando me veía embarazada, me decía "no te quiero ver con esa barriguita por aquí", porque realmente no era lo habitual en aquellos momentos. Yo no fui jamás activista, pero estuve en medio de todo lo que se vivía en la Facultad de Derecho.

P: Una vez licenciada, después de una breve etapa más centrada en el Derecho financiero y tributario, empieza a



adentrarse en el Derecho internacional privado. ¿A qué responde esta elección?

R: Hice los cursos de Derecho financiero y tributario, lo que me llevó a hacer la tesis sobre Derecho fiscal internacional, concretamente sobre la doble tributación internacional, un tema que, a pesar de que después me alejé un poco de este, me ha perseguido toda la vida. En realidad, era a caballo entre el Derecho internacional privado y el fiscal. Así, yo me incorporé como ayudante de Derecho internacional privado, haciendo prácticas, inmediatamente después de acabar la carrera; ya estaba enfocada. Como dije cuando me concedieron el Premio Puig Salellas, me gusta el Derecho privado internacional porque es un poco aventurero y es abierto. Es decir, la respuesta no siempre es determinada, como pasa en otros ámbitos del Derecho, sino que aquí puede ser necesario aplicar el Derecho de un tercer país, no sabes cuál, y la realidad siempre supera las propias expectativas del legislador. De forma que te encuentras que el Derecho español dice una cosa, pero el Derecho de otro lugar dice otra. Y en un caso vinculado a dos países, ¿qué haces? A veces, muchas veces no solo la regulación es diferente, sino que es contradictoria. Ese es el atractivo y la dificultad del Derecho internacional privado.

P: Precisamente aquí en los últimos años ha sido el Tribunal de Justicia Europeo el que nos ha marcado el paso...

R: Ahora la gente se ha acostumbrado a hablar del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y todo el mundo acepta que este Tribunal se pronuncie. Pero recuerdo que la primera vez que di una conferencia en Canarias y mencioné que se tenían que aplicar las sentencias del Tribunal de Luxemburgo, un jurista se me lanzó al cuello diciéndome que ¡cómo podía decir que un Tribunal de fuera de España nos tuviera que decir lo que teníamos que hacer! De forma que los tiempos cambian, y mucho. Ahora, incluso cuando a veces no debería ser así, se hace referencia a Europa, a pesar de que a veces se confunden el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Derechos Humanos.

P: En cuanto a su vida académica, se ha desarrollado fundamentalmente en la Universidad de Barcelona. ¿Cuándo nace esta vocación?

R: Como decía, comencé mi vida académica en la Facultad, en el año 1964. A mí me gustaba el Derecho y había seguido mucho el trabajo de mi padre, que era muy tolerante, muy abierto y leía muchísimo, pero no me gustaba el trato con los clientes, para mí era muy duro. En cambio, de la Facultad me gustaba el trato con los alumnos y con los compañeros, y desde el principio

Entrevista

ya me dediqué a ello. Primero con una cierta coexistencia con otras especialidades, pero después de la tesis exclusivamente. Primero fui profesora ayudante en Barcelona, y después catedrática –en un momento en que las cátedras se hacían por concurso nacional y eran muy complicadas. Tuve que irme a Córdoba, después estuve tres años en la Universidad Autónoma de Barcelona y, finalmente, volví a casa, a la Universidad de Barcelona. Y de ahí ya no me he movido.

P: ¿Qué peso tiene la vida académica en su trayectoria profesional?

R: Siempre ha tenido un peso importante, aunque también he tenido mucha vida de representación internacional. La vida académica no es tan intensa como la otra, que requiere mucho tiempo y dedicación, porque cuando vas a una reunión internacional es necesario prepararla, hacer conclusiones... Mi práctica era esta, una práctica que también creo que es buena para la docencia, porque es la que me ha permitido explicar a los alumnos lo último: qué se hace en la conferencia de La Haya o anécdotas que los alumnos recuerdan, y que me han permitido transmitir la sustancia. Por ejemplo, a menudo, cuando explico la adopción internacional acabo explicando cómo se cerró un tema conflictivo en una cena en Ámsterdam, en el Rijksmuseum, mirando el cuadro "La ronda de noche", de Rembrandt. Y los alumnos, recordando "La ronda de noche" recordaban lo que yo explicaba sobre la adopción. Y como ésta podría

explicar muchas más. Lo que la gente debe tener en cuenta es que la codificación internacional no nace por la perfección, sino que surge de los delegados que están allí reunidos, de lo que discutimos, se acepta y se hace. Y eso no siempre es fácil. Antes en la conferencia de La Haya se votaba, pero ahora todo se tiene que aprobar por consenso, lo que quiere decir que se va bajando el nivel hasta que llegas a un punto que la gente acepta. Todo ello enriquece la docencia y lleva a la vida real. Y permite que los alumnos entiendan qué es un convenio internacional o un reglamento comunitario.

P: En esta vertiente académica, destaca sobre todo el espíritu de colaboración entre el mundo universitario y las instituciones, la sociedad y también con otras universidades...

R: Todo lo que tiene que ver con la vertiente académica me llevó a iniciar en la vida académica el programa Erasmus. Implanté este programa en el año 1995, con amigos míos y otras universidades europeas, y comenzamos los intercambios entre la Universidad de Barcelona y la Universidad de Toulouse, cuyo rector era muy amigo mío. Esos fueron los primeros Erasmus. Y en aquella época, cuando los estudiantes se iban, yo les impartía Derecho comunitario europeo, que en España no estaba en el plan de estudios. Me preguntaban si se lo convalidarían, ¡pero yo les decía que daba igual! Que lo importante era que supieran Derecho comunitario, que la gente no sabía

porque aquí aún no existía ni la asignatura. El Erasmus fue una de las cosas estupendas que implantamos.

P: ¿Qué juristas destacaría como sus maestros?

R: En primer lugar, destacaría la influencia de mi padre. También la de mi abuelo intelectual, como decía él, Adolfo Miaja de la Muela, catedrático de Valencia, con quien traté mucho, me tuvo un gran aprecio y yo le considero como uno de los mejores expertos que he conocido. Después, Julio González Campos, que fue magistrado del Tribunal Constitucional y la persona que me llevó a la Conferencia de la Haya y me abrió a la vida internacional, una persona de gran valía. También algunos profesores de la Facultad, como el catedrático de Derecho civil Francisco Fernández de Villavicencio, una de las mejores personas que he conocido; o el Dr. Juan Córdoba, que entonces todavía no era Catedrático, sino profesor adjunto de Derecho penal. Todos ellos excelentes personas de quienes guardo un excelente recuerdo.

Los notarios tienen una gran sensibilidad hacia la problemática a la que deben enfrentarse. Han intentado adelantarse porque son conscientes de las consecuencias de sus actos.



P: Y a sus alumnos, ¿qué les intenta transmitir?

R: Algunos de ellos ahora son catedráticos y he intentado transmitirles lo mismo que yo he hecho. Por ejemplo, la profesora Cristina González Beifuss, ahora catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, formaba parte de la primera promoción que envié de Erasmus. Mi gente, en general, son personas abiertas al mundo y también a la renovación necesaria de todo eso.

P: Básicamente podríamos decir que se ha dedicado a seis grandes líneas de investigación: estudios sobre Derecho procesal civil internacional, Derecho de familia y sucesiones; el tránsito de un DIPr convencional a un DIPr



directamente derivado de la tarea de las instituciones europeas; el Derecho de la nacionalidad y condición jurídica de los extranjeros; la codificación internacional del DIPr, y la dimensión interna del sistema español de DIPr. ¿Cuál destacaría especialmente?

R: Cincuenta años de profesión dan para mucho. Extranjería es a lo que me he dedicado menos. Todo en lo que he trabajado está muy vinculado a la propia evolución de la legislación, o sea que, a medida que teníamos disposiciones internas, convenios internacionales o normas de las instituciones europeas, íbamos trabajando y escribiendo, porque eran los temas de interés y los que te pedían. Siempre con la idea de que llegara a todo el mundo y de que se tomara conciencia de lo que realmente está pasando. He intentado desarrollar mi tarea siempre en contacto con los colegios profesionales, como el de Notarios, en el sentido de que es necesario hacer un trabajo que les facilite aplicar esos instrumentos.

P: De su dilatada vertiente internacional, ¿qué destacaría especialmente?

R: Por un lado, destacaría la conferencia de La Haya y, por otro, la Unión Europea. De ahí que cuando me hicieron el homenaje cuando me jubilé, el libro homenaje se titulara "De Bruselas a La Haya", porque estos son los dos referentes. Y por eso, lógicamente, las normas que se hacían en un lugar u otro son las que después se reflejan en mis trabajos y en mis estudiantes.

P: Y de todo el trabajo realizado en la Conferencia de La Haya y en la Unión Europea, ¿de qué se siente más orgullosa?

R: En la Conferencia de La Haya hay mucho trabajo realizado, porque ocupé toda clase de cargos, pero quizás destacaría que fui correlatora del Convenio sobre Alimentos del año 2007. Y también que presidí el Comité de Cláusulas Federales durante más de veinte años, desde el año 1997. Este comité es el que trata de los Estados no unificados legislativamente, como España, el Reino Unido, u otros, que son plurilegislativos. Todos estos Estados, dentro de los convenios, tienen unas cláusulas especiales. También he presidido

muchas comisiones especiales. Dentro de la Unión Europea, lo más satisfactorio ha sido ser ponente del denominado Convenio de Bruselas II, que fue la primera ocasión en que la Unión Europea se ocupó de temas de divorcio, de la competencia judicial, del reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de divorcio. Piense que mientras una decisión sobre un contrato o una obligación contractual podía circular libremente y tenía muchas facilidades, un divorcio, no. Este convenio no llegó a entrar en vigor, pero mi informe todavía ahora se cita porque se ha transformado en un reglamento comunitario y, para su interpretación, incluso el Tribunal o el Abogado General a veces mencionan mi informe como una voz de autoridad.

Conforme crecen las relaciones privadas internacionales, la movilidad de las personas, de las empresas, contratos entre empresas..., crece la necesidad de regularlas.

P: ¿Puede decirse actualmente que algún país europeo es la referencia en la Unión Europea?

R: No, porque intervenimos representantes de toda la Unión Europea y muchas veces depende de los delegados, de las personas y de la especialización, del carácter más político o más técnico de la delegación... Hay países con los que sí es más fácil entenderse, pero estos también pueden ir cambiando, según los delegados.

P: En España, a menudo la transposición de las directivas europeas se ha hecho con un cierto retraso. ¿A qué cree que se debe?

R: A veces no hay ninguna razón de fondo, es simplemente dejadez, que no se hace. Otras veces, se debe a interpretaciones políticas de un determinado tema, en las que se dice que "eso es contrario al Derecho español", y si una persona le da vueltas a esa idea, entonces ya no lo sacas adelante hasta que no cambias a la persona. Eso ocurre igual para ratificar un convenio que para transponer una directiva, por ejemplo.



P: También presidió el GEDIP - Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado. ¿Qué función tiene?

R: Es un grupo reducido, somos 26 personas, de todos los Estados de la Unión Europea. Yo soy miembro fundador desde el año 1992 y lo presidí cuatro años, desde 2003. Aquí se trabaja en temas relacionados con la codificación en Europa, pero totalmente científicos, si bien tienen influencia sobre la codificación europea del Derecho internacional privado.

P: ¿Qué significaba ser europeísta años atrás?

R: Yo lo he sido toda la vida. Cuando era joven, España no era miembro de la Unión Europea, entonces Comunidad Europea, y la entrada en la Comunidad Europea para nosotros fue como un cierto examen de democracia. Era muy importante entrar porque eso nos daba un estatus de democratas, de país más progresista.

P: Y hoy en día ¿cómo ve el presente y el futuro de la Unión Europea?

R: De entrada, no es lo mismo ser seis Estados miembros que 27 o 28, ni tampoco que los Estados sean muy diferentes. En muchos temas se efectúa una integración europea sin modificar las legislaciones internas de los Estados, por lo que existen contradicciones en principios fundamen-



tales dentro de esos Estados. Por ejemplo, ahora que estamos siguiendo las elecciones al Parlamento Europeo, te das cuenta de que se habla mucho más de las elecciones municipales que de las del Parlamento Europeo, de las que se sabe poco. Mucha gente votará porque irán a votar en las municipales, pero no hay un espíritu europeo de verdad, el pensamiento de “voy a votar porque eso es importante, porque el Parlamento Europeo lleva a cabo mucho trabajo y mucha legislación nos vendrá de Europa”. Este espíritu se ha perdido mucho, esta idea de la integración. Es un tema muy complicado porque existen ciertas sinergias creadas. En cualquier caso, no existe esa consciencia de que afecta a la vida diaria del ciudadano y hasta que la persona no se ve un problema encima –como en el tema del divorcio, que no se reconociera, por ejemplo, en otro país–, no percibe que es importante.

P: En el ámbito de Cataluña, comenzó en la Universidad de Barcelona la asignatura Derecho interregional, participó en la

Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Cataluña, en el Patronato Catalán Pro Europa del Gobierno de Cataluña y forma parte del Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña. ¿Cómo se entiende la vocación europeísta en un contexto catalán?

R: Siempre he trabajado por el Derecho internacional privado propio de los Estados plurilegislativos. Es decir, porque nosotros debemos tener el Derecho propio diferente del resto de España, y estos derechos propios de algunas regiones tienen que convivir. Y esta convivencia, en cierta medida, es similar a la convivencia entre legislaciones de diferentes Estados, la problemática es similar. Yo me ocupaba, como comentaba antes, del Comité de Cláusulas Federales en la Conferencia de La Haya y, en Cataluña, del Derecho interregional. Cada uno aporta cuál puede ser la solución en cada caso; en España los conflictos se han solucionado hasta ahora de una forma determinada, que creo que ahora debería evolucionar. El Derecho interregional está a caballo entre el Derecho civil y el Derecho internacional privado. Y, precisamente por eso, no los resuelven ni

unos ni otros. Por ejemplo, ¿cuánta gente en España sabe qué régimen de bienes tiene? Una persona nacida en una región, casada con otra, que vive en otro lugar, si tiene régimen de separación de bienes o régimen de gananciales, habrá diferencias. O en una sucesión, puedes tener una legítima larga o una corta. Esto es lo que hemos hecho con el Derecho interregional, crear una asignatura optativa, cuando no se estudiaba, con la Dra. Encarna Roca.

En lo que más se ha avanzado es en cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias.

P: Centrándonos en la colaboración con los Notarios, precisamente el Notario Lluís Jou, presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, que glosó su figura en la entrega del Premio Puig Salellas, decía que a “los Notarios nos ha facilitado extraordinariamente nuestro trabajo”. ¿Cuál ha sido su relación con los Notarios en el transcurso de su carrera?

R: Lo que siempre he hecho con los Notarios es recordarles temas. Por ejemplo, el día de la entrega del Premio, en diciembre, les recordé que el mes siguiente entraba en vigor el reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales. También fue muy importante el reglamento comunitario en materia de sucesiones. A los Notarios estos temas les afectan mucho en su trabajo diario, están muy vinculados a todo eso. Con el testamento, por ejemplo, las circunstancias personales pueden cambiar mucho y afectar aspectos muy importantes. Todos los Notarios con los que he tratado han tenido siempre una gran sensibilidad respecto a la problemática a la que deben enfrentarse. Han intentado avanzar a dicha problemática, porque son conscientes de las consecuencias de sus actos. Y es muy importante saber lo que hay que hacer para que, por ejemplo, después no haya problemas en el momento de la muerte o del divorcio. La intervención de Lluís Jou me emocionó profundamente por su sensibilidad respecto a mi trayectoria y mis preocupaciones en el ámbito del Derecho internacional privado.



P: ¿Qué supuso ser merecedora del Premio Puig Salellas 2018?

R: Le doy mucho valor, porque es un premio que valora toda una vida académica, toda una vida jurídica dentro de la especialidad de cada uno. Y ver los nombres de los que lo recibieron antes que yo, te permite valorar especialmente que hayan pensado en ti. Además, en el mundo del Derecho, el internacional privado es extraño para muchos y aquí se apreció y valoró esta dificultad. Creo que los Notarios, en general, son muy receptivos con la problemática y se preocupan por la evolución que está teniendo el Derecho y, en particular, el Derecho internacional privado. Además, el Premio lleva el nombre de Puig Salellas, al que conocí y de quien apreciaba sus méritos y lo que él era y significaba para el Derecho y para su profesión, por lo que me hizo mucha ilusión.

Las normas deben ser necesarias, bien pensadas, bien coordinadas y técnicamente buenas.

P: En definitiva, ¿cómo ha evolucionado el Derecho internacional en los últimos cincuenta años? ¿Hacia dónde cree que vamos?

R: Existe más internacionalización, eso es muy evidente: hay mucho más movimiento internacional, más relaciones internacionales y, por consiguiente, más problemas que afectan a esta materia. Es una rama del Derecho en crecimiento porque, conforme crecen las relaciones privadas internacionales, la movilidad de las personas, de las empresas, contratos entre empresas..., crece la necesidad de regularlas y crece el Derecho internacional privado. Pero como todo el Derecho, siempre vamos a remolque de la realidad: a medida que la realidad evoluciona, el Derecho va para allá y trata de darle una respuesta. En nuestro caso es más complicado porque no es una realidad uniforme, sino una realidad donde se confrontan el Derecho de diferentes países, que aporta soluciones diferentes y, a veces, contradictorias. Cuanto más diferentes son los países, más difícil es llegar a una solución. No es lo mismo un país europeo, que determinados países lejanos, africanos o asiáticos, donde encuentras elementos muy diferentes.

P: ¿Cuáles son los objetivos cumplidos y superados en el transcurso de estos años? ¿Y cuáles son los retos actuales?

R: Creo que en lo que más se ha avanzado es en cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias. Existen todavía muchos retos porque, por ejemplo, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de divorcio se han realizado sin modificar la normativa interna de los Estados, por lo que conseguirlo cuando unos países admiten o no admiten el divorcio, o lo admiten o no lo admiten con personas del mismo sexo... sin modificar todo eso, y que circulen las sentencias de divorcio, es un milagro. Aquí habría que evolucionar y, para ello, es necesaria una voluntad manifiesta de los Estados para llegar a una determinada aproximación. En Estados relativamente cercanos es más fácil, pero en Estados donde hay divorcios privados, o donde intervienen divorcios de terceros Estados, entonces es más complicado. En definitiva, la evolución es muy compleja y ya no hablemos de temas como la contratación, con un arbitraje, la mediación... Eso es lo que me gustó del Derecho internacional privado, como decía antes, que es un poco aventurero, porque encuentras de todo. Debemos sacrificar, hasta cierto punto, aspectos nacionales para dar soluciones de tipo comunitario, de tipo internacional. Y aún queda mucho por hacer.

P: ¿Qué hay que mejorar –y qué cree que debería hacerse– para contar con una Europa con la máxima seguridad jurídica?

R: Yo diría que lo más importante es la buena formación de los juristas. Porque si no tenemos a juristas bien formados y abiertos a la realidad, no podremos hacer nada. Los juristas deben formarse cada vez mejor y deben ser más abiertos, porque, si no es así, ¿cómo pueden responder a esta realidad cada vez más cambiante y cada vez más abierta? Eso es fundamental.

P: Ya para terminar, ¿cree que la Justicia del siglo XXI es mejor que la del siglo XX?

R: No lo sé, es muy difícil decirlo, porque lo que ha cambiado es la propia realidad. Por ejemplo, la realidad de ahora no tiene nada que ver con la realidad de cuando yo estudié. Piense que cuando la Dra. Roca y yo estudiamos, las mujeres no podían ser jue-



ces. Eso hay que recordarlo. Su participación en la justicia era escasa y todo ha cambiado muchísimo. Antes le hablaba de los planes de estudio, en los que no existía el Derecho comunitario europeo; de cuando empecé a enviar a estudiantes de Erasmus... y, ahora, sería inconcebible que la gente no supiera Derecho comunitario, porque es importantísimo. Todo ha cambiado mucho; algunos cambios han sido acelerados y rápidos y, por otra parte, otros demasiado lentos, por ejemplo, con la elaboración de determinadas normas. Sería preciso que el legislador interno y el legislador internacional activaran la preparación de normas, pero no pueden salir normas por salir, sino que deben ser normas necesarias, bien pensadas, bien coordinadas, técnicamente buenas. Tenemos demasiadas leyes y, además, muchas veces sin suficientes conocimientos técnicos y sin suficiente preocupación para coordinarlas. A veces sucede que “la mano izquierda no sabe lo que hace la mano derecha” y sería conveniente que una mano supiera lo que está haciendo la otra, porque si fuera así, no se harían determinados cambios, como modificaciones legislativas que afectan a unas normas y no a otras que están muy relacionadas. En la práctica, a los Notarios y a todos los juristas prácticos, que la Legislación no sea buena les crea dificultades. Ese es uno de los retos: lograr coordinación y, en el ámbito al que me dedico, cuanta más internacionalización, mejor, lo que no es fácil. Si esto ya sucede en Europa, imagínese a escala mundial el anecdotario de cosas que pueden ocurrir.



“El Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona es el archivo notarial con mayor peso y significación del mundo”

Laureà Pagarolas i Sabaté

Director Técnico del Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona (1988-2017)

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Laureà Pagarolas i Sabaté (Vinyols i els Arcs, 1956) se licenció en Geografía e Historia en 1978 en la Universidad de Barcelona, donde posteriormente se doctoró en Historia Medieval. Recién licenciado se incorporó al Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona (AHPB), que depende del Colegio Notarial de Cataluña, donde ha desarrollado toda su carrera profesional hasta su reciente jubilación y del que ha sido su director técnico desde 1988.

Paralelamente, ha sido profesor en la Escuela Superior de Archivística y Gestión de Documentos de la Universidad Autónoma de Barcelona (2002-2005), del Instituto Universitario de Historia Jaume Vicens Vives de la Universidad Pompeu Fabra (1997), del Máster en Archivística organizado por la Asociación de Archiveros de Cataluña y la Universidad Autónoma de Barcelona e impartido en toda Cataluña, y profesor y ponente de numerosos cursos, seminarios, jornadas y congresos.

Autor de una veintena de libros y de numerosos artículos publicados en revistas especializadas, también ha sido coordinador de la publicación periódica *Estudis Històrics i Documents dels Arxius de Protocols*, miembro de las Juntas Directivas de la Asociación de Archiveros de Cataluña y de la Sociedad Catalana de Estudios Históricos, filial del *Institut d'Estudis Catalans* o vocal del Consejo Asesor del Patrimonio Cultural Catalán del Departamento de Cultura de la Generalitat de Catalunya, entre otros.

Acaba de ser merecedor de la Cruz Distingida de Primera Clase del Orden de San Raimundo de Peñafort, en reconocimiento a su larga y brillante trayectoria como historiador y archivero.



P: Toda una vida dedicada a la historia y la archivística. ¿De dónde viene su vocación y por qué se decantó por la historia?

R: Mi vocación ha sido siempre la docencia y la investigación, porque desde muy joven entendí que esta tarea cumplía dos funciones fundamentales que dan sentido a la vida, como son aprender y servir. Porque no hay mejor manera de aprender que enseñando. Sin duda la decisión de orientarme hacia la historia no fue fácil, porque me entusiasaban todas las ramas de la antigua Facultad de Filosofía y Letras, que apenas acababan de dividir en tres al iniciar la carrera (filología / geografía e historia / filosofía y pedagogía). Indeciso entre todas estas materias, y especialmente inclinado hacia la filología clásica, finalmente escogí historia por el buen recuerdo que tenía del bachillerato y pronto empecé a disfrutar de las tempranas investigaciones en los archivos locales de mi tierra, el Camp de Tarragona.

El archivo se convierte en el fundamento de la institución y es el elemento clave que pone en evidencia que el Notariado es un Notariado fuerte, potente, rico en contenido y bien valorado, porque se encuentra insertado plenamente en una sociedad en la que actúa en cierto modo como árbitro.

P: En la misma línea, ¿en qué momento decidió dedicar su vida profesional al mundo de los archivos?

R: La vinculación profesional con la archivística y, más concretamente, los archivos históricos, me vino de la mano del doctor Josep Maria Sans, entonces director técnico del APHB, que me propuso incorporarme a este centro. Además de ser una excelente oportunidad profesional, la tarea de archivero enlazaba perfectamente con los mismos ideales de la docencia. Pocos lugares mejores para el aprendizaje encontraremos que un centro de investigación de primera línea como es el AHPB, en contacto directo con la universidad y con el mundo aca-



démico y cultural, no solo de la ciudad de Barcelona, sino de todo el país y más allá. Además, cabe recordar que la tarea de archivero expresa plenamente el espíritu de servicio que he mencionado antes, tal y como recoge el lema de nuestra profesión (sic vos non vobis...: "así vosotros no para vosotros..."), basado en unos versos del poeta latino Virgilio, que expresan muy bien el altruismo de conservar y tratar la documentación no para su uso, sino para los investigadores y ciudadanos en general.

P: ¿Ha tenido algún referente, persona o institución, en el ámbito

histórico, archivístico, universitario o docente?

R: La base fundamental de la formación creo que son siempre los primeros maestros. Tuve la suerte de disfrutar de buenos modelos docentes. Y no es extraño que recuerde con una estimación especial los de latín y de historia, en los estudios de enseñanza media cursados en la ciudad de Tortosa. Después, en la facultad (primero en las dependencias de Tarragona y después en la capital catalana), ya no tuve dudas de inclinarme por la historia medieval, con la maestría de los doctores Joan F. Cabestany o Manuel Riu, o los referentes de Ramon d'Abadal, Jaume Vicens Vives o Josep Maria Font Rius.

Entrevista

En cuanto a la archivística, mi formación, en gran parte entonces autodidacta por la falta de tradición y escuela propias, se inspiraba más en las escuelas francesa (Michel Duchein) e italiana (Elio Lodolini).

P: Su tesis doctoral versó sobre los templarios, concretamente sobre las casas que esta orden religioso-militar tenía en las Terres de l'Ebre. En el ámbito personal, ¿es este su principal tema de interés? ¿Tiene otros? ¿Cuáles?

R: Los estudios de historia en la facultad coincidieron con el final de la dictadura franquista y el inicio del período democrático, caracterizado por un despertar más que notable del cultivo de la historia local. Por lo tanto, era lógico que mi primer interés y las publicaciones de juventud se orientaran hacia el estudio local del Camp de Tarragona que, por otra parte, nunca he abandonado, aunque focalizado después a otros lugares, como las Terres de l'Ebre, las Garrigues o el Pallars. Sin embargo, mis líneas de investigación han sido básicamente dos. Por un lado, la académica, centrada en el estudio de los templarios de Tortosa y Miravet, donde desplegaron el dominio más importante del país. Y, por otro, la profesional, dirigida tanto al estudio de la institución notarial como de la documentación producida por esta y los archivos de protocolos donde se conserva. Y ello

sin obviar otras líneas relacionadas como la edición de fuentes o el estudio de algunas instituciones jurídicas.

El Notario se ha constituido durante siglos en un verdadero eje articulador de la sociedad, y las escrituras autorizadas por él reflejan el latir de la gente

P: Ha sido durante casi 30 años director técnico del AHPB. ¿Cómo llegó a este puesto y qué ha supuesto esta etapa?

R: Me incorporo al archivo recién terminada la carrera, en el verano de 1978, con solo veintiún años. Evidentemente, para mí suponía todo un reto, porque no había completado ni mucho menos la etapa de formación, que fui enriqueciendo de forma bastante autodidacta, con mucha lectura y la ayuda y el apoyo inestimable de los compañeros de profesión, en unos momentos en que, faltos como estábamos de tradición y de escuela archivística propias, casi todo estaba por hacer. Y, después, transcurridos diez años y al estar vacante la plaza de director técnico del archivo, me propusieron esta responsabilidad. En conjunto, han sido casi cuatro décadas de dedicación profesional al AHPB que, en mi opinión, han configura-

do una etapa muy clara de consolidación y difusión de este centro archivístico de primer orden a todos los niveles.

P: ¿Cuáles han sido los principales objetivos y retos en el AHPB? ¿Y cuáles cree que son las asignaturas pendientes?

R: Obviamente es difícil sintetizar en este formato breve la tarea de un período tan dilatado de tiempo. Como retos más notables, destacaría primero la necesidad progresiva de dar respuesta al problema que supone el ingreso de un volumen documental tan ingente y en constante crecimiento, con las nuevas demarcaciones notariales, la integración del antiguo cuerpo de corredores de comercio, la concentración de los protocolos especiales de protestos o la amortización de Notarías, por lo que en estas últimas cuatro décadas se ha pasado de un solo depósito a tres y de unos 30.000 volúmenes a más de 170.000. Asimismo, la necesidad de gestionar estos espacios y dotarlos de las medidas pertinentes de conservación, así como los retos derivados de la restauración y la digitalización de estos enormes volúmenes documentales. En tercer lugar, el tratamiento de estos fondos, cada vez más amplios y diversos, con la elaboración de un nuevo inventario en doce volúmenes y la confección de bases de datos y catálogos específicos. Y, finalmente, el impulso a la difusión del archivo, mediante visitas, cursos, exposiciones, publicaciones y presencia en el espacio web y en medios de comunicación.

Como asignaturas pendientes, podría apuntar algunas. Por ejemplo, una mayor singularización física del archivo, con un espacio propio de acogida y control de usuarios; la dotación de una sala de tratamiento documental y de un taller mínimo de restauración; la continuidad de los proyectos de digitalización y el impulso del espacio web como plataforma de accesibilidad y consulta, o la consolidación de un equipo de trabajo más amplio conforme a la dimensión y potencialidad del archivo.

P: ¿Cómo describiría el AHPB? ¿Dónde radica su importancia y su valor añadido respecto a otros





archivos? ¿Y qué cree que aporta a la profesión notarial?

R: Sin duda, podemos cualificar el AHPB como el archivo notarial con mayor peso y significación de todo el mundo. Siempre digo que Génova nos supera en antigüedad, por la temprana implantación de la institución, pero no en volumen, y París nos supera en volumen por la potencia de la capital, pero no, ni de lejos, en antigüedad. Dicho brevemente, no existen en ninguna parte unas series documentales tan extensas y ricas desde la época bajomedieval, que son una aportación singular y a veces exclusiva en aspectos de la vida cotidiana y son idóneas para la microhistoria. Y, en cuanto a su aportación a la profesión notarial –aspecto que con frecuencia no tenemos presente–, veo muy claro que el archivo se convierte en el fundamento de la institución y es el elemento clave que pone en evidencia que, especialmente el Notariado de la corona catalano-aragonesa como el de la península itálica o del sur Francia, inscritos en el área de escrituración latina, es un Notariado fuerte, potente, rico en contenido y bien valorado, porque se encuentra insertado plenamente en una sociedad en la que actúa en cierto modo como árbitro. No existe en este sentido ni un solo refrán, expresión de la sabiduría popular, que lo desprecie. Y esto es el resultado de una evolución secular, como demuestran los archivos notariales.

P: ¿Cuándo se creó el AHPB y cuál ha sido su evolución a lo largo de los años? ¿Cuál es su dimensión actual?

R: Los archivos notariales se crean a partir de la Ley Orgánica del Notariado de 1862 y del Decreto posterior de 1869. Entonces es cuando se reúnen los fondos documentales ya existentes desde la época medieval y se configuran los archivos tal y como los entendemos actualmente. El AHPB tiene una ubicación permanente en la sede colegial a partir de 1882. Tras unas décadas iniciales en que su aprovechamiento histórico era solo puntual, con unas tempranas y muy sumarias intervenciones archivísticas, a partir de la Guerra Civil de 1936-1939 fue objeto de un impulso, entonces pionero y muy notable, de la mano sobre todo del Notario Raimon Noguera y del archivero Josep Maria Madurell. A partir de los años

setenta, se inició una nueva etapa de dotación de una mayor vertiente científica al archivo y, sobre todo, de mayor difusión. Esta línea se ha consolidado en las últimas décadas, por lo que hoy el AHPB es uno de los principales centros de investigación y de estudio de la ciudad de Barcelona, activo, bien conectado con el mundo académico y cultural y con un fuerte reconocimiento en todas partes.

El carácter masivo del AHPB permite la cuantificación y seriación de los datos, con las posibles comparaciones de espacio y tiempo, permite el tratamiento estadístico y es apto para la historia cuantitativa

P: ¿Cuál es el perfil del usuario del AHPB? ¿Ha cambiado con el tiempo?

R: El número de usuarios del archivo es muy elevado y también muy diverso. De hecho, en todos los centros archivísticos con fondos diversos, los notariales son siempre los más consultados. Las razones, basadas en una mayor valoración de los aspectos sociales, económicos y de las mentalidades colectivas en el análisis histórico, son suficientemente conocidas y han sido bien explicadas. En el archivo acuden generalmente usuarios cualificados, dada la elevada especificidad de los fondos, pero también estudiantes, eruditos locales, abogados, arquitectos, genealogistas, religiosos... Quizás los dos cambios fundamentales producidos últimamente y que pueden destacarse serían una variación de la preferencia los estudios medievales a los modernos y contemporáneos y una cada vez más fuerte presencia de trabajos genealógicos.

P: En términos generales, ¿qué valor diferencial aporta la documentación notarial respecto a otros tipos de documentación?

R: Son muchos, pero sin duda el principal valor diferencial es que el protocolo es como una ventana inmaterial, amplia y generosa, abierta a todas las realidades vitales. Resultado de la fuerte inserción y arraigo social de la ins-

titución, todo –mucho más en tiempos pretéritos que en la actualidad– pasaba ante Notario, una figura muy vinculada a la vida cotidiana del pueblo. Por consiguiente, la documentación notarial es la más adecuada para acercarnos al conocimiento de un personaje, un estamento social o toda una comunidad. El Notario se ha constituido durante siglos en un verdadero eje articulador de la sociedad, y las escrituras autorizadas por él reflejan el latir de la gente, sin exclusión de ningún tipo, desde las clases dominantes hasta los grupos más marginales, como los esclavos o los mendigos, que por ejemplo también hacían testamento. A pesar de su carácter no “brillante”, suministra material para el estudio de cualquier aspecto histórico. Además, su carácter masivo permite la cuantificación y seriación de los datos, con las posibles comparaciones de espacio y tiempo, permite el tratamiento estadístico y es apto para la historia cuantitativa.

P: A lo largo de la historia, ¿qué etapas destacaría como especialmente importantes en cuanto a la documentación que contiene el AHPB?

R: En este aspecto, creo que no se pueden marcar diferencias. Entiendo que todas son igualmente destacables, desde la existencia de los primeros registros notariales, al final del siglo XIII, hasta que el protocolo se vuelve reservado porque todavía no es centenario y, por tanto, no es libremente consultable. Los fondos medievales, aunque más escasos, alcanzan cifras fabulosas de miles de volúmenes, que no se dan en ningún otro centro archivístico del mundo, con la singularidad de ser a veces una fuente histórica casi exclusiva. Y los de época moderna, a partir del siglo XVI, cada vez más voluminosos, presentan unas posibilidades de explotación inagotables, que aumentan aún más en los siglos XVIII y XIX, con el complemento de la existencia de documentación gráfica y la presencia de la de escribanías especiales como la de Marina.

P: ¿Qué documento destacaría concretamente? ¿Cuáles son las joyas del Archivo?

R: Cabe recordar que la documentación notarial, a diferencia por ejemplo de los fondos del Archivo Real, no está revestida de un carácter especial



Entrevista



de singularidad, porque su potencia es su carácter seriado. Sin embargo, el listado de documentos “singulares” sería interminable. De hecho, en los últimos años hemos ido confeccionando una relación de escrituras de elevado interés, que se va ampliando conforme se localizan en los protocolos. ¿Cuáles podemos destacar? Por ejemplo, además de los pergaminos fundacionales y de los libros de privilegios, los testamentos de todos los grandes personajes barceloneses y catalanes de diferentes épocas (Pau Claris, Ildefons Cerdà, Jacint Verdaguer, Joan Maragall, Francesc Ferrer i Guàrdia, Enric Prat de la Riba...), el proceso de canonización de san Ignacio de Loyola, una colección de planos firmados por Gaudí, las actas de constitución de las grandes sociedades comerciales e industriales, y un muy largo etcétera.

P: En el año 2007 se inició un ambicioso proyecto de digitalización, inicialmente centrado en la documen-

tación medieval. ¿Cuál es su objetivo? ¿Qué supone para los ciudadanos?

R: El objetivo del proyecto, sin duda ambicioso y el de mayor alcance planteado hasta el momento, era doble. Por una parte, disponer de unas copias de seguridad para preservar unos originales de elevado valor histórico como eran los registros medievales y, por otra, obtener unas copias de consulta, para facilitar el acceso y la difusión de dichos fondos al abanico más amplio posible de investigadores. El proyecto, de notable complejidad y que requirió de mucha preparación previa de la documentación, fue realizado entre 2007 y 2011, con una actuación sobre más de 3.300 registros –de finales del siglo XIII a 1450– y la obtención de un archivo digital de más de 750.000 imágenes. El destino lógico de este archivo digital no puede ser otro que ser puesto en red y así se está ejecutando de forma progresiva, de manera que cualquier ciudadano pueda tener acceso a este, con lo que de paso se obtiene un claro retorno como es una difusión extraordinaria del Notariado bar-

celonés. Evidentemente, sería bueno que este proyecto tuviera continuidad.

P: También en estos últimos años se han puesto en marcha exposiciones virtuales. ¿En qué han consistido? ¿Cuál ha sido su objetivo?

R: Hace unos años se confeccionó el espacio web del AHPB en la nueva página del Colegio Notarial de Cataluña, que permite dar al usuario remoto información general sobre el archivo, los principales instrumentos de descripción elaborados, materiales sobre el Notariado y los archivos de protocolos y, sobre todo, permite acceder al Archivo Digital (Aurora), donde se pueden consultar los registros medievales digitalizados. Y, con este objetivo claro de potenciar la difusión y hacer más presente el AHPB en todas partes, se han incorporado hasta el momento dos exposiciones virtuales: en 2015 la titulada “Los protocolos de Barcelona: una ventana abierta a Europa”, con una selección de documentos significativos y agrupados por áreas temáticas, que pone en evidencia el papel desempeñado por el Notariado barcelonés en las relaciones de la capital catalana con Europa. Y, hace poco, “Testamentos que hacen historia”, con la presentación de una selección de testamentos de personajes históricos muy relevantes.

El proyecto de digitalización ha permitido disponer de copias de seguridad y obtener copias de consulta, para facilitar el acceso y la difusión de estos fondos al abanico más amplio posible de investigadores

P: A lo largo de su trayectoria profesional destaca también la vertiente docente, ya que ha sido profesor universitario y de numerosos cursos y seminarios. ¿Qué papel ha desempeñado esta vertiente en su desarrollo profesional?

R: Siempre he considerado la docencia muy atractiva y enriquecedora, con lo que supone además de reto constante y de contacto continuado con las nuevas generaciones. Y ha sido una suerte poder disfrutar de las dos vertientes, de la tarea archivística y de investigación por una



parte y de la docencia por otra. Creo que es obvio que las dos líneas profesionales se alimentan recíprocamente. La docencia, en mi caso centrada en el terreno de la archivística en general, los archivos notariales o de materias complementarias como el latín medieval, requiere de mucha preparación, y es evidente que supone un refuerzo claro en la propia formación y permite disponer de más herramientas para el ejercicio profesional. Y, a su vez, la tarea de archivo y la investigación dota a la persona de muchos conocimientos, de recursos y de un bagaje que se puede transmitir a los alumnos.

Es preciso pensar en unos archivos muy abiertos a la sociedad, más de lo que se ha hecho hasta ahora, con el impulso de la divulgación y el acercamiento de la documentación al ciudadano

P: También es autor de varias publicaciones, concretamente de una veintena de libros y una cuarentena de artículos. ¿Qué temas han centrado, básicamente, su producción bibliográfica? ¿Qué publicación destacaría?

R: Como he dicho antes, al hablar de la tesis doctoral, mi producción bibliográfica parte de la historia local y es el resultado, en síntesis, de las dos líneas principales de investigación ya comentadas, los templarios como tema académico y el Notariado y los archivos de protocolos como tema profesional. Más allá de la misma tesis doctoral o de una última obra sobre la historia de la viña y el vino en la Conca de Tremp (2017), aquí quisiera destacar aquellas que han supuesto una aportación de mi parte al conocimiento de la institución y de la documentación notarial. Por ejemplo, en libros: el protocolo del Notario Bonanat Rimentol de 1351 (1991), que inició la colección de la Fundación Noguera de edición de registros notariales catalanes; la historia de la sede del Colegio Notarial de Cataluña (1995), encargado por el decano Robert Follia, elaborado con Montse Gómez y editado por el Colegio; la presentación del complejo estado de los fondos de protocolos de Cataluña (2005), dirigido por mí y editado por la Asociación de Archiveros de Cataluña; un manual sobre



el tratamiento de los archivos notariales (2007), publicado por Ediciones Trea, con un carácter pedagógico, o el estudio de los ciento cincuenta años de historia de la institución notarial catalana, efectuado a través de las biografías de sus decanos (2012), redactado con Lluïsa Cases y editado también por el Colegio.

P: En referencia al último libro citado, “Els Degans del Col·legi de Notaris de Catalunya (1862-2012)”, ¿cómo surgió la idea y cuál era su objetivo?

R: La propuesta de la obra nos vino del que entonces era el vicedecano del Colegio, Lluís Jou. En un principio, el objetivo era mucho más modesto. Se trataba de dar a conocer las figuras de unos personajes, presentes en las tres galerías de retratos de la sede colegial, pero a menudo bastante desconocidos. Pero conforme madurábamos la idea y avanzábamos en la investigación, la obra, de forma natural, fue alcanzando otra dimensión. Se trataba de recopilar la biografía de los treinta y un decanos posteriores a la Ley del Notariado de 1862, todas personas relevantes y algunas de las cuales tuvieron un peso notable en la sociedad en la

que les tocó vivir. Pero, además, aquellas recopilaciones biográficas nos sirvieron perfectamente de pretexto para analizar la evolución histórica de la institución notarial catalana, especialmente en su vertiente corporativa, en el transcurso de los últimos ciento cincuenta años.

P: ¿Qué futuro prevé en el mundo de la archivística? Y, más concretamente, ¿en el AHPB? ¿Cómo debe ser un archivo en el siglo XXI?

R: En referencia de manera específica a los archivos históricos, como es el caso del AHPB, es preciso pensar en unos archivos muy abiertos a la sociedad, más de lo que se ha hecho hasta ahora, con el impulso de la divulgación y el acercamiento de la documentación al ciudadano. Y eso sin dejar de ser espacios de investigación y generadores de conocimiento, y sin olvidar aspectos básicos e imprescindibles como la conservación. Asimismo, hay que hacer una apuesta por las tecnologías de la información y la comunicación, que deben convertirse en el eje del trabajo archivístico, lo que permitirá la creación de herramientas y de recursos que redundarán en un mayor aprovechamiento y difusión de la documentación.

Estudio práctico de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario ⁽¹⁾

Antonio A. Longo Martínez
Notario de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN:

La Ley 5/2019, de fecha 15 de marzo, reguladora de los contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), con entrada en vigor el 16 de junio de 2019, transpone parcialmente la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Su objeto, es, según su **art. 1**, “establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes” de los préstamos a que la misma se refiere. Su contenido se estructura en cuatro Capítulos, el primero de los cuales se dedica a las **Disposiciones Generales**, y los siguientes a cada uno de los tres aspectos diferenciados que el Preámbulo anuncia, al decir que: “En primer lugar, contiene **normas de transparencia y de conducta** que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados, completando y mejorando el actual marco existente de la referida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. En segundo lugar, regula el **régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario** y los prestamistas inmobiliarios, y en tercer lugar, establece el **régimen sancionador** para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la misma”.



La Ley se complementa con el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril (RDCCI), publicado en el BOE de 29 de abril de 2019, y cuya Disposición Transitoria Primera establece a su vez que “el desarrollo reglamentario de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se entenderá realizado por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en cuanto esta no sea contraria a dicha ley y este real decreto”. Al efecto, el mismo día el BOE publica la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril (OMCCI), por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de

regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la citada Orden EHA/2899/2011, cuyo ámbito de aplicación queda ahora determinado en forma equivalente a la de la LCCI. RDCCI y OMCCI completan la transposición de la Directiva 2014/17/UE.

El art. 1 del RDCCI señala (las letras en negrita son mías) que el mismo “establece los requisitos exigibles para **(a)** la prestación de servicios de asesoramiento y **(b)** para el registro de los prestamistas inmobiliarios; **(c)** las obligaciones de información del prestamista

inmobiliario al prestatario y **(d)** la utilización de medios telemáticos en la remisión de documentación por el prestamista, el intermediario de crédito inmobiliario o representante designado al notario. Asimismo, determina **(e)** las características exigibles al seguro de responsabilidad civil profesional o aval bancario de los intermediarios de crédito, y sus condiciones”.

Por su parte, el Preámbulo de la OMC-Cl nos dice que la misma “establece **(a)** los criterios para la determinación del ejemplo representativo en relación con la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios, **(b)** los requisitos mínimos de conocimientos y competencia exigibles al personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado y **(c)** los plazos y términos en que debe facilitarse información al prestatario en el caso de que se trate de un préstamo concedido en moneda extranjera. Asimismo, aunque no sea materia de transposición de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, **(d)** se desarrolla el contenido concreto de la ficha de advertencias estandarizadas, en desarrollo de la habilitación contenida en la letra a) del apartado 2 de la disposición final decimoquinta”.

El conjunto de la regulación supone un reforzamiento, en el ámbito que se define, de los tres controles propios de la contratación con condiciones generales: el control de incorporación o inclusión (también llamado “de transparencia formal”), que se extiende a todas dichas condiciones; el control cualificado o “de transparencia material”, propio en principio de la contratación con consumidores y de aquellas cláusulas que definan el objeto principal del contrato, y el control de abusividad o de contenido del resto de cláusulas, esto es las que no definen dicho objeto principal.

Para la aplicación de dicha regulación, deben tenerse en cuenta, de momento a la espera de otras interpretaciones vinculantes que no deberían tardar y de la doctrina jurisprudencial y registral que sin duda provocará la misma, la Resolución de 16 de mayo de 2019, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en respuesta a consulta del Consejo General de Notariado (CGN), y las Instrucciones de dicho Centro Directivo de 13 y 14 de junio de 2019, así como la Circular 1/2019 del CGN ⁽²⁾.

Sin perjuicio de algunas referencias puntuales al resto de materias, este estudio,



orientado a comentar algunas de las cuestiones que en la aplicación de la nueva regulación pueden plantear mayores dudas, sobre todo en un primer momento, atiende principalmente a los dos primeros Capítulos de la Ley, y a las normas que en relación con el contenido de los mismos se incluyen en sus doce Disposiciones Adicionales, cinco Transitorias y dieciséis Finales, así como en el Real Decreto y Orden Ministerial citados.

II. AMBITO DE APLICACIÓN

A. ÁMBITO TEMPORAL:

Conforme al número 1 de su **Disposición Transitoria Primera**, como regla general la LCCI “no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor”. Sin embargo, en los números siguientes se establecen determinadas excepciones, entre las que destacamos ya la contenida en el número 2, relativa a “*aque- llos contratos celebrados con anterioridad, si son objeto de **novación** o de **subrogación** con posterioridad a su entrada en vigor*”.

Por otra parte, la Disposición Final 3ª de la OMCCI determina, según veremos, una progresiva implantación de la documentación a entregar por el prestamista al cliente, lo que afectará también inicialmente al control que de dicha entrega debe efectuar el notario conforme a lo previsto en el art. 15 LCCI.

B. ÁMBITO SUBJETIVO:

Según el artículo 2.1: “1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo conce-

didados por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física (...)”. Existen en primer lugar, por tanto, unos requisitos específicos en relación a los sujetos intervinientes en el contrato, como prestamista y cliente, para que el mismo quede sujeto a las prescripciones contenidas en la Ley.

1. PRESTAMISTA:

Tiene que tratarse de personas físicas o jurídicas que realicen la actividad de concesión de préstamos de manera profesional, definición propia del “prestamista inmobiliario” que se reitera en el **número 2) del art. 4**, pero que se ve muy ampliada en el último párrafo del art. 2.1, según el cual “se entenderá que la actividad de concesión de **préstamos hipotecarios** se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el **mercado de servicios financieros** con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una **finalidad exclusivamente inversora**”. Se nos ocurren al respecto una serie de cuestiones a la hora de interpretar esta norma:

a) En primer lugar, hay que atender al hecho de que al hablar en ese párrafo final del art. 2.1 de los “préstamos hipotecarios” podría entenderse excluido el segundo de los grupos de préstamos al que como vamos a ver se aplica la LCCI, el de la letra b) del art. 2.1, referido a los préstamos inmobiliarios

sin garantía hipotecaria. De ser así, cuando un préstamo de los incluidos en este segundo grupo se conceda de forma ocasional, aunque sea “con una finalidad exclusivamente inversora”, no se debería considerar concedido “con carácter profesional” y por tanto no cabría entenderlo sujeto a las previsiones de la LCCI.

b) Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los supuestos de hecho que caen dentro del ámbito de aplicación de la LCCI –que a diferencia de lo que disponía la Orden de 28 de octubre de 2011, no se aplica exclusivamente a las entidades de crédito– podrían coincidir con los que han venido siendo objeto de regulación en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, cuyo art. 1.1 se refería “a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en: a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación...”. Para evitar ese “solapamiento normativo” –en términos del Preámbulo de la LCCI– la **Disposición Final Novena** de la misma modifica dicho artículo, que pasa a hablar de “la concesión de préstamos o créditos hipotecarios, **distintos a los previstos en el artículo 2.1.a) y b) de la Ley 5/2019**, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación...”.

En consecuencia, la Ley 2/2009 resultará ahora aplicable únicamente a los préstamos **hipotecarios** en los que no se de ninguna de las condiciones subjetivas ni objetivas de la LCCI; esto es, a aquéllos que, concedidos de manera **profesional** por personas físicas o personas jurídicas distintas de una entidad de crédito, reúnan alguna de las siguientes características:

1. que el prestatario sea una persona jurídica (o una entidad sin personalidad jurídica) consumidora ⁽³⁾, y no existan personas físicas como fiadores o garantes; o bien

2. que la hipoteca recaiga sobre inmueble no residencial (a expensas de lo que se comentará sobre la cuestión relativa a la naturaleza del inmueble al hablar del ámbito objetivo de aplicación de la LCCI), y el préstamo no tenga la “finalidad inmobiliaria” del art. 2.1.b).

Los prestamistas profesionales que no sean una entidad de crédito, un establecimiento financiero de crédito o una sucursal en España de una entidad de crédito deberán haberse inscrito en el registro previsto en el **art. 42.1 LCCI**, previo cumplir los requisitos que se establecen en el art. 5 del RDCCI. La ley señala que “*el reconocimiento y el registro de los prestamistas inmobiliarios que operen o vayan a operar exclusivamente dentro del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma corresponderá a la autoridad competente designada en cada Comunidad Autónoma, en el marco del Capítulo I de la Ley 2/2009, de 31 de marzo*”, regulando la Disposición Adicional Segunda del RDCCI la cooperación del Banco de España con dichas autoridades.

Parece necesario detenerse en la caracterización que la Ley hace para considerar que la actividad se desarrolla con carácter profesional, pues, de faltar alguno de los elementos de dicha caracterización el préstamo no quedaría sujeto a la misma, y hay que entender que tampoco a la ley 2/2009. En este sentido, la norma presupone, en primer lugar, una intervención “**en el mercado de servicios financieros**”, por lo que habría que empezar por determinar si una operación entre dos sujetos que no se han sometido a criterios de oferta y demanda para fijar el precio del servicio se puede realmente entender como tal, o si cabe una interpretación de este requisito que deje fuera del ámbito de aplicación de la ley tales supuestos.

Y a continuación, que esa intervención se realice “**con carácter empresarial o profesional**”, o bien “**de forma ocasional**”, pero “**con una finalidad exclusivamente inversora**”.

1. En cuanto a la primera posibilidad, decir que la actividad se desarrolla con carácter profesional cuando se interviene “**con carácter empresarial o profesional**”, constituye una aparente redundancia que únicamente puede entenderse si se interpreta como necesaria para contraponerla al segundo supuesto (el de la intervención “ocasional”), pero que llevaría a excluir de este primero a quienes no resulten profesionales o empresarios de ese “mercado de servicios financieros”. No se daría este requisito, por tanto, cuando el profesional de otro sector o mercado, pongamos el promotor inmobiliario, financia a un cliente, por ejemplo aceptando un aplazamiento

de pago, que como veremos es una de las formas de préstamo a que se refiere la ley en el art. 4.3 ⁽⁴⁾.

2. El segundo supuesto es el de la intervención “**de forma ocasional**”, al margen por tanto de esa actuación empresarial o profesional, pero “**con una finalidad exclusivamente inversora**”. Tampoco aquí encajaría el ejemplo puesto, porque cuando el promotor inmobiliario financia al comprador no lo hace con esa “finalidad exclusivamente inversora”, sino directamente ligada y subordinada a la venta del inmueble.

Pero habrá casos en los que el análisis resultará más complicado. Anticipándonos al mismo, habría que decidir:

a) Si al hablar la LCCI de la concesión de préstamos “**aun de forma ocasional**” ya el primer préstamo que reúna los elementos que comentamos queda sujeto a la misma (y si la respuesta positiva –de ser la correcta– cabe trasladarla también a los préstamos que siguen sujetos a la Ley 2/2009, de 31 de marzo), o si puede considerarse vigente y aplicable aquí la doctrina de la DGRN según la cual para la sujeción a dicha Ley 2/2009 se entendía suficiente –pero al mismo tiempo, también necesario– que el prestamista hubiera concedido “**simplemente dos préstamos**” (Res. de 11/07/2016, 02/09/2016, 26/07/2017).

En este sentido, parece razonable la opinión expresada en el documento de orientación de calificaciones registrales ⁽⁵⁾ elaborado por la Comisión de Asuntos Doctrinales del Colegio de Registradores y fechado en 3 de julio de 2019, según el cual la expresión “aun de forma ocasional” debe entenderse referida no tanto a la concesión aislada de un solo préstamo o crédito, sino a la sucesiva concesión de los mismos, aunque no con la suficiente frecuencia para poder alcanzar la consideración de habitual como categoría mercantil.

b) Sobre la interpretación correcta del requisito “**finalidad exclusivamente inversora**”. Si seguimos a la RAE cuando define el verbo *invertir* como “emplear, gastar, colocar un caudal”, todo préstamo constituye una inversión. Por tanto, la búsqueda del supuesto excluido por la norma por no tener esa finalidad “exclusivamente inversora” debería hacerse probablemente por una de estas dos vías: asimilando la misma a la búsqueda de un beneficio, o centrándonos en el hecho de que esa finalidad sea, como señala aquella, “exclusiva”.



- Desde el primer punto de vista, no tendría finalidad inversora el préstamo sin interés (por otra parte, excluido en todo caso del ámbito de aplicación de la Ley según el art. 2.4). Pero, ¿qué ocurre con aquéllos en que el interés puede considerarse meramente remuneratorio o compensatorio de la no disponibilidad del capital por el prestamista durante el plazo pactado, sin pretensión de obtener un beneficio real? De admitir que tampoco los mismos tienen dicha finalidad inversora, ¿cuándo podría entenderse que estamos ante tal caso? ¿Cuando el interés esté referenciado a un índice oficial? ¿A cuál: IPC, interés legal del dinero...?

- Y si atendemos a que la sujeción a lo previsto en la LCCI se predica en relación a los préstamos ocasionales de finalidad *exclusivamente* inversora, quizá quepa excluir aquéllos en que con los mismos se busca ayudar al familiar o amigo prestatario, sin perjuicio de no renunciar a obtener una determinada rentabilidad.

Lo cierto es que de la solución que se dé a las dudas planteadas puede depender que la hipoteca, como garantía de deudas dinerarias entre particulares, quede o no reducida a hipótesis residuales: en primer lugar, por la amplitud del concepto de préstamo a que se refiere la ley ("pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar", art. 4.3); en segundo lugar, por las dificultades que para tales particulares llevaría el cumplir con todos los requisitos que como vamos a ver establece la ley.

2. CLIENTES:

Ha de tratarse de personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes (**art. 1** y **art. 2.1**). La intervención de una persona física, en cualquiera de dichas posiciones contractuales, determina la concurrencia de este requisito subjetivo de aplicabilidad de la ley. El Preámbulo anticipa lo que aparentemente habría de ser una regla general –que luego resulta no ser tal– según la cual no es preciso que se trate de un consumidor, es decir, persona que actúe fuera del ámbito de su actividad empresarial o profesional. Así, recuerda que si bien la normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores, también incluye la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a no consumidores, y añade que "la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas



físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el Capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios".

Ciertamente, el art. 2.4 de la OM de 28 de Octubre de 2011, antes de su reforma por la OMCCI, establecía que "cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta orden, con la excepción de lo establecido en el Capítulo II del Título III". Este, relativo a los préstamos y créditos hipotecarios, se aplicaba, en principio y por tanto, siempre, incluso cuando el cliente actuaba en el ámbito de su actividad empresarial o profesional. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial derivada de la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS, nº 367/2016, de 3 de junio de 2016, reiterada, entre otras, en las sentencias nº 41/2017, de 20 de enero de 2017, 8/2018, de 10 de enero de 2018, y 1226/2019, de 11 de abril, señaló que no procede el control de abusividad ni el control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores⁽⁶⁾. Doctrina que, sin embargo, hay que entender ahora superada para los contratos de crédito inmobiliario por el nuevo régimen legal

aplicable, salvo para aquéllos en los que, como vamos a ver, se exige expresamente que el cliente persona física tenga la condición de consumidor.

C. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN:

1. SUPUESTOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS:

1.1. SUPUESTOS INCLUIDOS POR EL TIPO DE NEGOCIO JURÍDICO: PRÉSTAMOS O CRÉDITOS

El **art. 2.3** señala expresamente que las referencias que se realizan a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos. Pero el **art. 4.3** contiene una definición del contrato de préstamo de mayor amplitud, sustancialmente equivalente a la que se incluía en el art. 1 de la Ley 2/2009: "el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de **pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar**".

Esta extensión alcanzaría por tanto a otros supuestos, más allá del préstamo o crédito, a los que habrá que prestar atención, como el simple reconocimiento de deuda.

1.2. SUPUESTOS INCLUIDOS POR LA GARANTÍA Y POR LA FINALIDAD

Por lo demás, para que al préstamo –con la amplitud vista– le sea aplicable la nueva ley debe estar incluido al menos en uno de

los dos grupos que se detallan en las letras a) y b) del art. 2.1, las características principales de los cuales se relacionan, respectivamente, con la existencia de garantía real, y con el destino "inmobiliario" de la financiación concedida:

a) *préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.*

b) *préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.*

Sin embargo, determinar la aplicabilidad o no de la regulación al concreto supuesto de hecho resulta más complicado de lo debido. En primer lugar, porque frente a esta inicial tipificación general, la ley contiene después disposiciones específicas que parecen no referirse a ambos grupos, sino a uno u otro. De hecho, y como señalábamos más arriba, ya en el mismo artículo 2.1 se aprecia un tratamiento aparentemente distinto, cuando, al considerar determinadas operaciones 'ocasionales' como préstamos concedidos en ejercicio de una actividad "profesional", se refiere a los hipotecarios, lo que podría llevar a entender no incluido el préstamo ocasional del segundo grupo. Tampoco parece, como veremos, que la

comprobación por el notario de los requisitos de transparencia material y autorización del acta regulada en el art. 15 se prevea con carácter general, sino únicamente con relación a los préstamos con garantía hipotecaria del primer grupo, cuestión a la que haremos referencia más adelante. Y, del mismo modo, cuando en el art. 25 se establece un régimen imperativo del interés de demora, se hace referencia a su aplicabilidad a los préstamos hipotecarios sobre inmueble residencial, sin incluir a los del art. 2.1.b).

En otros casos, el problema es que la disposición particular modifica alguna de las características definidoras del grupo de préstamos al que en principio parece referirse. Así, en el art. 24, sobre vencimiento anticipado, la naturaleza residencial del inmueble, característica según el art. 2.1 solo de los préstamos con garantía hipotecaria, se incorpora también a los préstamos "de finalidad inmobiliaria", respecto de los que, en cambio, desaparece el requisito relativo a la condición de consumidor que la norma general de dicho artículo exige para este tipo de préstamos.

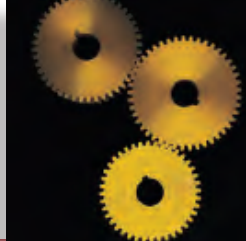
En principio, con arreglo a esa tipificación inicial, para que un préstamo encaje entre los definidos en el primero de los grupos (art. 2.1.a), resulta irrelevante la finalidad del mismo y la condición de consumidor, o no, del cliente; en el segundo (art. 2.1.b), por el contrario, lo irrelevante es la existencia o no de garantía hipotecaria, pero debiendo el cliente ser un consumidor. Que en ese primer grupo el legislador únicamente incluya a los préstamos con garantía hipotecaria de

inmueble "residencial" explica alguna norma que podría llegar a confundir, como la contenida en el **art. 22.1** de la LCCL, según la cual *"los contratos de préstamo regulados en esta Ley se formalizarán en papel o en otro soporte duradero. En caso de que estén garantizados con hipoteca constituida sobre un inmueble de uso residencial situado en territorio nacional, deberán formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial"*. El legislador menciona el préstamo hipotecario sobre inmueble de uso residencial porque es el único que contempla por razón de la garantía, sin que, obviamente, ello excluya la necesidad de formalización en escritura de cualquier otro préstamo con garantía hipotecaria, tanto si por tener la finalidad inmobiliaria a que se refiere el art. 2.1b) cae dentro del ámbito de aplicación de la ley, como si no.

La distinción entre los dos grupos de préstamos que recoge el art. 2.1 LCI es **similar** a la que se contenía en la **Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre**, cuyo art. 19 hablaba de préstamos con hipoteca sobre *vivienda* y aquellos *"cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir"*. La diferencia es que la Orden situaba la distinción dentro del Capítulo II del Título III, que regulaba las "Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios"; de modo que en uno y otro caso se trataba de préstamos con garantía hipotecaria, resultándoles a ambos aplicables las disposiciones contenidas en dicho Capítulo.

Por el contrario, cualquier préstamo de consumo no garantizado con hipoteca, incluidos los que tenían esa "finalidad inmobiliaria", quedaba fuera del ámbito de aplicación de dichas disposiciones y aparentemente sujeto, dada la remisión contenida en el art. 33 de la Orden, a lo previsto en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Pero solo aparentemente, porque el art. 3 de dicha ley, siguiendo lo previsto en la Directiva 2008/48/CE (art. 2.2.b), excluye de su ámbito de aplicación precisamente a esos *"contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir"*, lo cual provocaba que los mismos, si como decimos no estaban garantizados con hipoteca, no se beneficiaran de las normas de protección de una normativa ni





de la otra; sin olvidar que, aunque hubieren quedado sujetos a la Ley 16/2011, el artículo 5.5 de la misma prevé, con relación a los contratos de crédito al consumo cuyo importe total sea superior a 75.000 euros, una aplicación parcial que excluye, por ejemplo, el derecho de desistimiento que reconoce su art. 28.

Ahora, y en sintonía con el contenido de la LCCI, la OMCCI rectifica (Art. Segundo, números Cuatro y Cinco) el ámbito de aplicación de las normas contenidas en el Capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, para hacerlo coincidir con el determinado en el art. 2 LCI. Consecuencia de todo ello es que a partir de la entrada en vigor de la ley, y siempre que el cliente sea un consumidor, el préstamo que, **sea cual sea su importe y aún sin garantía hipotecaria**, tenga esa “finalidad inmobiliaria” (*adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir*), quedará sujeto a las disposiciones de la misma, si bien ya hemos adelantado la duda, sobre la que volveremos, acerca de si les resulta aplicable el control notarial de transparencia que regula el art. 15.

Por lo demás, se plantean con relación a ese segundo grupo de préstamos de “finalidad inmobiliaria” del art. 2.1 b), y a la vista de la redacción de la norma, varias cuestiones, cuya respuesta, no siempre sencilla, incidirá a la hora de resolver sobre su aplicabilidad en casos como, por ejemplo, los de préstamos no hipotecarios a personas físicas relacionados con la adquisición (o conservación) de inmuebles no residenciales (un local o una nave industrial), cuando efectivamente el propósito no es, al menos enteramente, empresarial o profesional; o el de la fianza prestada por persona física en un préstamo empresarial, al que luego dedicaremos un apartado.

a) La primera cuestión, antes comentada, es que, según hemos visto, para que a estos préstamos les sea aplicable la normativa que estudiamos es necesario que el prestatario, el fiador o el garante **sea un consumidor**, requisito que no se exige para los préstamos hipotecarios.

Como sabemos, con arreglo al art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tienen la condición de consumidor las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial,



empresarial, oficio o profesión. Es por tanto ese propósito el elemento decisivo de la calificación en cada caso concreto del cliente como consumidor, sobre la base de una interpretación de dicho concepto que, en principio, debe hacerse “de forma restrictiva, en relación con la posición de la persona en un contrato determinado y con **la naturaleza y la finalidad** de este, y no con la situación subjetiva”. Así resulta de las STJUE 25 de enero de 2018 y 14 de febrero de 2019 ⁽⁷⁾, citadas por el Tribunal Supremo en la sentencia 1226/2019, de 11 de abril de 2019. En la misma, el Tribunal Supremo destaca que es necesario que tal propósito no tenga en sí mismo naturaleza empresarial, de modo que el hecho de que una persona física actúe al margen de su actividad empresarial o profesional *habitual* no atribuye a la misma la condición de consumidor si la finalidad de la operación sí tiene tal naturaleza empresarial, aunque no encaje en la habitual de tal persona; razón por la que rechaza la condición de consumidora de una profesional (traductora) que hipoteca su vivienda para financiar la instalación de un negocio de hostelería.

Ahora bien, con relación a aquellos contratos con doble finalidad, en los que el deudor destina parte del importe a consumo y parte a su actividad profesional, tal criterio restrictivo resulta claramente matizado al señalar el Considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE sobre CCI que “*si dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión, son tan limitadas que no predominan en el contexto*

general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor”. Y siguiendo esta idea a sensu contrario, la sentencia del Tribunal Supremo 1385/2017 de 5 abril 2017 señala que si el uso profesional no fue marginal o residual, sino **preponderante**, no queda amparado el préstamo por la normativa protectora de los consumidores.

b) Respecto a qué debe entenderse por “**conservar derechos de propiedad**” inmobiliaria como finalidad del préstamo, parece que la interpretación literal es la correcta: no se trata de la conservación material del inmueble, sino de los derechos sobre el mismo (aunque quizá la propiedad no debiera ser el único). Así, vemos cómo el Considerando 15 de la Directiva ⁽⁸⁾, en un breve desarrollo de los tipos de contrato a los que es de aplicación la misma, tras mencionar a los créditos GARANTIZADOS mediante bienes inmuebles, se refiere a “*los contratos de REFINANCIACIÓN u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a CONSERVAR derechos sobre bienes inmuebles o fincas*”. La refinanciación se presenta como el prototipo de estos préstamos, que deben permitir al prestatario evitar a través suyo la pérdida de la propiedad, a lo mejor embargada por la imposibilidad de atender el pago de cualquier deuda anterior. La no inclusión aquí de los préstamos que tengan como objeto financiar la ejecución de obras de conservación material ⁽⁹⁾ vendría apoyada por el hecho de que el mismo Considerando cita también más adelante entre los créditos a los que debe aplicarse



la Directiva a los **garantizados** destinados a la **renovación** de bienes inmuebles para uso residencial. El requisito de que estén garantizados les sitúa en el primer grupo, el de los “préstamos con garantía hipotecaria residencial”; de otro modo, tales créditos quedarían fuera del ámbito de la Directiva, como expresamente señala después el Considerando 18, que desvincula así el concreto concepto de “renovación” de la idea de “conservación de derechos de propiedad”⁽¹⁰⁾.

c) Por otra parte, debe resolverse **de qué tipo ha de ser el inmueble** cuya propiedad se quiere adquirir o conservar. Así como en relación a los préstamos que incorporen garantía real la norma es clara al referirse a inmuebles “de uso residencial”, no existe esta concreción cuando se refiere a préstamos “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles”, que, en principio, podrían por tanto ser también no residenciales. Lo cual, además de resultar coincidente con lo previsto en el anterior art. 19 de la OM de 28 de Octubre de 2011, encontraría apoyo en la propia Directiva, que en su Considerando 13 nos dice que “*si bien la presente Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial, ello no impide que los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva para proteger a los consumidores en relación con los contratos de crédito, ni que regulen de otro modo dichos contratos*”.

Sin embargo, mientras que la extensión subjetiva de la aplicabilidad de la Ley a los no consumidores, también prevista como posibilidad en la Directiva y aplicada por el legislador español a los préstamos del art. 2.1.b), es anunciada y argumentada por el legislador español en el Preámbulo, no ocurre lo mismo en cuanto a esta posible extensión objetiva a los inmuebles no residenciales que parece darse en el caso de los préstamos del art. 2.1.b). Por el contrario, el Preámbulo alude constantemente a las referencias que en la Directiva se hacen al destino residencial del inmueble⁽¹¹⁾; como también sorprende que, frente a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 al determinar con carácter general el objeto y ámbito de aplicación de la ley -distinguiendo con claridad entre los dos tipos de préstamos ya mencionados, y exigiendo solo en cuanto al primero de ellos la naturaleza residencial del inmueble- el **art. 24**, al regular, de modo imperativo, el vencimiento anticipado, se refiera como veremos a ese uso residencial tanto para uno como para otro grupo de préstamos.

En la Resolución de 16 de mayo de 2019, dictada en respuesta a una consulta del Consejo General del Notariado (que no hacía referencia a esta cuestión concreta), la Dirección General de los Registros y del Notariado parece asumir esta limitación del ámbito de aplicación de la ley a los inmuebles residenciales, al señalar que esta (punto 2) “supone importantes novedades en la concertación de préstamos *destinados a la financiación de inmuebles de carácter residencial*”, aunque más tarde, al hablar del

acta notarial que regula el art. 15, nos dice (punto 5) que la misma será “la piedra de toque sobre la que ha de girar la concertación de préstamos hipotecarios *sobre bienes inmuebles en España*”.

Si la extensión del ámbito objetivo de aplicación de la ley supone un beneficio para el cliente, por el incremento de protección que conlleva, parece que -sin perjuicio de que solo en los casos de inmueble residencial resulten aplicables normas concretas como la del art. 24 en relación al vencimiento anticipado- a la espera de una interpretación más contundente habría que entender incluidos entre los supuestos de este segundo grupo todos los préstamos que tengan la finalidad reseñada en el art. 2.1.b), con independencia de la naturaleza del inmueble, y sin que ello signifique necesariamente la aplicación a los mismos de las normas de control de transparencia de los arts. 14 y 15⁽¹²⁾.

1.3. SUPUESTOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS

Se recogen en el **art. 2.4**, que se refiere a seis supuestos, de los que los cinco primeros presentan condiciones específicas que hacen que la inversión, en términos de búsqueda de beneficio económico, no exista o no constituya la finalidad exclusiva del prestamista, lo que justificaría la no aplicabilidad de la ley, aun cuando en principio tales supuestos encajaren en alguno de los tipos del art. 2.1:

a) *concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general,*

Hay que tener en cuenta, no obstante, que en este tipo de préstamos es frecuente establecer las condiciones aplicables a partir del momento en que el prestatario deje de tener la condición de empleado, condiciones que normalmente se ajustarán a criterios de mercado. De ser así, deberíamos plantearnos si el supuesto encaja en el previsto en la norma como excluido, a lo que se responde afirmativamente en el documento FAQCGN (número 19) sobre la base de que la previsión de un endurecimiento de las condiciones económicas si se produce por cese de la relación laboral constituye “una cláusula *“rebus sic stantibus”* que no muta la naturaleza de la operación y

que parece perfectamente compatible con la definición legal”.

b) **concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos**, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo,

c) **concedidos en forma de facilidad de descubierto** y que tengan que reembolsarse en el **plazo de un mes**,

d) **resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional**, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación,

e) **relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente**, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o

Plantea dudas el caso de esta letra e), que incluirá un supuesto de hecho relativamente frecuente, cual es el reconocimiento de deuda con acuerdo para el pago de la misma. Si el aplazamiento de pago es efectivamente, a los efectos de la ley, una forma de préstamo (art. 4.3), pero el art. 2.4 ya excluye en su letra b) la aplicabilidad de la misma a los contratos de préstamo “concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo”, hay que preguntarse por la razón de esa expresa referencia añadida al supuesto del préstamo “relativo al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente”; sentido que habrá que buscar en ese último requisito negativo, que de concurrir actuaría como contraexcepción, reconduciendo a la aplicabilidad de la ley al supuesto de hecho: “siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial”.

Tal requisito o característica (la garantía hipotecaria sobre inmueble residencial) podría teóricamente referirse a la actual operación de aplazamiento de pago –insistimos, una forma de préstamo ex art. 4.3- o a la deuda existente. En el primer caso, el supuesto no excepcionado de la aplicabilidad de la ley sería el del **préstamo garantizado por una hipoteca sobre bien inmueble de uso residencial, consistente en un acuerdo relativo al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente**. Sin embargo, el sometimiento a la ley de este supuesto con-



tradiría la excepción previamente recogida en la letra b) del mismo artículo 2.4, relativo, en general, a los préstamos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos. Por contra, si la garantía de hipoteca sobre inmueble residencial debe entenderse en referencia a la deuda existente, el supuesto no excepcionado sería el del **préstamo relativo al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente derivada de un préstamo hipotecario sobre inmueble residencial**; lo cual resultaría coherente con la aplicabilidad de la ley a los supuestos de novación de tales préstamos, aplicación que procederá incluso si la novación consiste en un aplazamiento de pago sin gastos.

Si esta es la interpretación correcta, habrá que entender en cambio no aplicable el régimen de la LCCI cuando la deuda existente tiene cualquier otro origen, aunque su aplazamiento de pago se garantice ahora con hipoteca de inmueble residencial, siempre que el mismo se estipule sin gastos. Lo cual, por otra parte, significaría, caso de que dicha deuda tenga origen en un préstamo de “finalidad inmobiliaria” de los de la letra b) del art. 2.1, que, pese a la regla general, que veremos, de aplicación de la ley a las novaciones sin distinción entre los dos tipos de préstamos a que se refiere dicho artículo, este caso concreto de novación no quedaría sujeto a esta regulación.

El último supuesto del art. 2.4 es el que hace referencia a la hipoteca inversa:

f) **hipoteca inversa** en que el prestamista:

i) **desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial**, y

ii) **no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo**.

La regulación de la hipoteca inversa pasa ahora a estar incluida en un nuevo Capítulo II bis introducido en el Título III de la Orden EHA/2899/2011 por el Artículo Segundo, número Catorce de la OMCCI. El Preámbulo de esta justifica dicha medida en la necesidad de “eliminar todo atisbo de inseguridad jurídica sobre el mantenimiento del régimen actual de protección de este producto” que pudiera derivarse del hecho de que una parte del régimen de dicha figura, contenido en la citada Orden EHA/2899/2011, estaba basado en remisiones a disposiciones de la misma que regulaban los préstamos hipotecarios y que ahora han perdido vigencia con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que no se aplica a las hipotecas inversas.

2. TRANSMISIÓN CON SUBROGACIÓN

La **Disposición Adicional Sexta** señala que “Las disposiciones previstas en esta



Ley serán de aplicación a los supuestos de **subrogación de deudor en la obligación personal** cuando la misma se produzca con ocasión de la **transmisión del bien hipotecado** y a los de **novación modificativa del contrato de préstamo**. Y ello, como veíamos al principio, se producirá, con arreglo a la **Disposición Transitoria Primera, número 2**, incluso en relación a *“aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor”*.

Por lo que se refiere al supuesto de subrogación pasiva o de deudor, que aquí comentamos, y aunque, como vemos, la Disposición Transitoria no establece distinción entre tipos de préstamo, habrá que entender preferente la norma que se contiene en la Disp. Ad. Sexta y que, al referirse a la *“transmisión del bien hipotecado”*, remite al primero de los grupos mencionados anteriormente, *“préstamos con garantía hipotecaria residencial”*, que constituye en realidad el que con más probabilidad puede presentar dicho pacto. Es cierto que la D.A. 6ª no exige el destino residencial del inmueble, pero no tendría sentido circunscribir la aplicación de la ley con carácter general a los préstamos hipotecarios sobre inmueble residencial, y extenderla a cualquier otro tipo de inmuebles si la posición contractual deudora se asume por subrogación en un préstamo anterior. En todo caso, queda excluido el caso –mucho menos habitual– de transmisión con subrogación del comprador en un préstamo de los del *“segundo grupo”*, esto es, aquél que, sin estar garantizado hipotecariamente, tuvo en su momento

como objeto adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles.

Estaríamos por tanto, cuando la transmisión es por título de compraventa, ante el supuesto del primer párrafo del art. 118 de la Ley Hipotecaria, según el cual *“en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito”*. Pero la aplicabilidad de la ley en tal caso –que incluiría la previa comparecencia del comprador ante el notario a fin del otorgamiento del acta que regula el artículo 15– exige que con anterioridad a la compraventa el acreedor haya mostrado su intención de aceptar la subrogación, pues de otro modo no puede exigirse al mismo el cumplimiento de las obligaciones de información y entrega de documentación que integran su *“deber de transparencia”*. De hecho, la entrega de la Ficha Europea de Información Personalizada (FEIN) prevista ahora en la LCCI, una vez adquiera la condición de oferta vinculante, debe entenderse como un auténtico consentimiento anticipado a esa subrogación, que además haría innecesaria, a mi entender, la comparecencia del acreedor hipotecario en la escritura de transmisión, salvo, claro está, que exista además una novación de condiciones que quiera recogerse en dicha misma escritura.

En principio, lo anterior no quiere decir que no sea posible que las partes convengan una subrogación en la deuda hipotecaria sin contar –o antes de contar– con el consentimiento del prestamista (y aun sin su conocimiento), pues, con independencia del riesgo que pueda implicar ⁽¹³⁾, la asunción de la deuda pendiente por el comprador es siempre un acuerdo posible entre las partes sobre la forma de pago, total o parcial, del precio. Esta posibilidad, sin embargo, hay que entenderla ahora sujeta, tratándose de transmisiones empresariales, a lo previsto en la **Disposición Adicional Séptima** de la LCCI, según la cual *“el empresario que, con ocasión de la transmisión de un inmueble hipotecado, vaya a pactar con el comprador la subrogación de éste en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a esta Ley, debe comunicarlo al prestamista con al menos 30 días de antelación a la fecha de la firma prevista, al objeto de que el*

prestamista pueda realizar el necesario análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria”. No tratándose de transmisiones empresariales, hay que entender que sí cabe la transmisión con pacto de subrogación sin necesidad de esa comunicación previa, pacto al que, a falta del necesario consentimiento del acreedor, no sería aplicable la ley, como tampoco lo será cuando el comprador retiene el importe correspondiente al saldo pendiente de la obligación garantizada, sin subrogación en esta y a los exclusivos efectos del posterior pago al acreedor, por cuenta del vendedor y a fin de cancelar la hipoteca ⁽¹⁴⁾.

Se plantea en todo caso la cuestión de cuál es el alcance de la aplicabilidad de la LCCI que predica la Disp. Ad. Sexta, y si la misma implica la necesidad de adaptar en su caso el contenido del contrato a las limitaciones que impone ahora la ley en relación a determinadas cláusulas contractuales.

La DGRN, entre otras en Resolución de 9 de octubre de 2015, señala, respecto de las escrituras de modificación de préstamos o créditos hipotecarios realizadas en el marco de la Ley 2/1994, que solo es necesaria la adaptación de todas sus cláusulas a las distintas reformas legislativas que se hubieran aprobado desde el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución *“respecto de aquellos tipos de cláusulas que sean objeto expreso de la modificación, por cuanto el mandato legal va dirigido a las escrituras constitución de hipoteca”*. Del mismo modo, en relación a las cláusulas de intereses que el Código de Consumo de Cataluña declaró abusivas en su art. 251-6, añade que ni este ni ninguna norma de naturaleza estatal exige la actualización de las correspondientes escrituras de constitución que las contuvieran. Deberá resolverse por tanto ahora si esa exigencia sí resulta incluida en los términos genéricos de la Disp. Ad. Sexta LCCI (*“Las disposiciones previstas en esta Ley serán de aplicación...”*) y si hay que considerar que la aplicación prevista en la misma tiene carácter global y obliga a esa adaptación.

Es cierto que la referencia que para el caso específico de transmisión empresarial hace la Disp. Ad. Séptima al *“necesario análisis*

sis de **solvencia** y cumplimiento de los requisitos de **información precontractual** y **resto de las obligaciones** exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario” quizá apoyara la conclusión de una aplicación limitada a las normas de transparencia material. Y también que la Disp. Trans. Primera, n.2, relativa a los préstamos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, señala que “en particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente”. Pero no parece que ello permita sin más concluir a favor de una interpretación restrictiva de la aplicabilidad de la ley, puesto que, de una parte, una obligación “en particular” no excluye otras (“el resto”, a que se refiere la Disp. Ad. Séptima); de otra, esa obligación de información se refiere a una modificación de contenidos que no tiene por qué ser exclusivamente la convencionalmente pactada –podría incluir, precisamente, la impuesta por el carácter imperativo de las normas a aplicar– y, como decíamos, viene introducida tras una norma genérica que, de modo similar a la de la Disp. Adic. Sexta, indica que “las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación...”.

Por lo demás, la transmisión con subrogación se puede producir, obviamente, en virtud de negocios distintos de la compraventa, que habrá que entender sujetos a la regulación si reúnen los requisitos necesarios. En principio, no se reunirán dichos requisitos, por ejemplo, en el caso de aportación de finca hipotecada a una sociedad, pero sí en el de donación de la misma a una persona física. Habrá casos en que la cuestión plantee más dudas, como por ejemplo la disolución de condominio o la liquidación de la sociedad conyugal, que, aparentemente, no deberían verse sometida a los requerimientos de la LCCI si el adjudicatario ya era deudor del préstamo, como se señala en el documento FAQCGN (número 20).

3. NOVACIÓN MODIFICATIVA

La Disp. Ad. 6ª y la Disp. Trans. 1ª, 2 se refieren también, junto con la subrogación, a la novación modificativa, si bien en este caso no existe referencia alguna que concrete la aplicabilidad de la ley a los supuestos de préstamo con garantía hipotecaria, por lo que podría entenderse que se extiende también a los del segundo grupo, es decir, a la novación modificativa de prés-



tamos o créditos que tuvieron como objeto adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles (con las dificultades que detectar dicha circunstancia puede llegar a presentar), aunque no exista garantía hipotecaria, e incluso de aquéllos que se hubieren otorgado antes de la entrada en vigor de la ley.

En relación al alcance de la aplicabilidad de la LCCI, nos remitimos a lo comentado en el apartado anterior al hablar de la subrogación pasiva⁽¹⁵⁾.

Al supuesto específico de novación que suponga un cambio de interés variable a fijo se refieren, de una parte, el **art. 23.6**, limitando la compensación por amortización anticipada (amortización que no se entiende bien por qué se asocia a tal supuesto de novación); de otra, la **Disposición Adicional Novena**, que señala que para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura correspondiente se aplicará lo dispuesto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, lo que podría significar la aplicación del arancel correspondiente a los «Documentos sin cuantía» previsto en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre⁽¹⁶⁾. Curiosamente, aunque la Disposición Adicional Novena se titula “Honorarios notariales y registrales en la subrogación o en la novación modificativa de préstamos hipotecarios por cambio de tipo de interés variable a fijo”, la norma no contiene a continuación disposición alguna relativa a los honorarios registrales.

4. SUBROGACIÓN DE ACREEDOR

La subrogación de acreedor, en tanto que supondrá también –en principio– una novación objetiva, quedará incluida entre los supuestos a que se refiere la Disposición Adicional Sexta, y ello tanto si el préstamo inicial es anterior o posterior a la entrada en vigor de la misma. Desde este punto de vista, valdría también aquí lo indicado respecto del alcance de la aplicabilidad de la LCCI al hablar de la subrogación pasiva. El supuesto, sin embargo, presenta diferencias que acaban por inclinar a mi juicio la interpretación a favor de una aplicabilidad global, en tanto que para el nuevo acreedor la operación constituye una concesión de préstamo *ex novo*, cuya sujeción al nuevo régimen legal no creo que deba verse limitada a las obligaciones de transparencia en relación a las cláusulas objeto de modificación, sino que alcanzaría a todo el contenido del contrato, que podría haber de adaptarse en consecuencia a lo previsto en la LCCI.

De modo expreso, la ley se refiere a la subrogación acreedora con relación a tres cuestiones:

- en primer lugar, para modificar (**Disposición Final Tercera**) el art. 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, relativo al procedimiento de subrogación, destacando entre los cambios operados la sustitución del derecho de la entidad primitiva a enervar la subrogación por la posibilidad de “ofrecer al deudor una modificación de las condiciones de su préstamo, en los términos



que estime convenientes”; lo que significa que el deudor no va a estar obligado a mantener su préstamo en dicha entidad, aunque esta le iguale las condiciones que le ofrece otra.

- de otra parte, para regular la compensación a favor del prestamista subrogado por los gastos que soportó con ocasión de la concesión del préstamo. Así, señala el número 1 del art. 14 (ubicación que no parece muy adecuada, al referirse dicho artículo a las “normas de transparencia en la comercialización de préstamos hipotecarios”) que “si durante el periodo de duración del préstamo se produjesen una o varias subrogaciones de acuerdo con la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, el prestamista subrogado deberá ser reintegrado por el prestamista subrogante en la parte proporcional del impuesto y los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución del préstamo al subrogado conforme a los apartados anteriores”, señalando a continuación el modo de calcular el importe de dicha compensación.

- por último, para “bonificar” la subrogación que suponga un cambio de interés variable a fijo, de la misma forma comentada antes para la novación: limitando la comisión de amortización anticipada a la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el máximo del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente, y solo si dicha subrogación tiene lugar durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de

préstamo (art. 23.6); y determinando en la ya citada Disp. Ad. Novena los honorarios notariales por remisión a la ley 2/94, de 30 de marzo.

5. REFERENCIA A LA GARANTÍA PRESTADA POR PERSONA FÍSICA EN PRÉSTAMO EMPRESARIAL

Cuando es la concurrencia de un fiador o garante, persona física, la que determina la aplicabilidad de la ley a un contrato entre un prestamista y un prestatario persona jurídica –contrato que a falta de dicha concurrencia no quedaría sujeto a la ley- se plantea la cuestión del alcance de esa aplicabilidad. Parece claro que la relación jurídica entre el prestamista y la persona física fiador o garante quedará sujeta a todas las prescripciones contenidas en la ley, en su caso cumplidos los requisitos y con las matizaciones o excepciones que la misma establece en función del tipo o categoría de contrato del art. 2.1, según lo apuntado más arriba –entre tales requisitos, la necesidad, si se trata de aquellos préstamos en que así lo exige la ley, de confirmar la condición de consumidor de dicho fiador o garante. Sin embargo, la relación entre prestamista y prestatario que no es persona física, y que por tanto queda fuera del ámbito de aplicación de la ley, no debería ver alterada dicha circunstancia –con el consiguiente beneficio para el deudor en cuanto a determinadas condiciones financieras, beneficio claramente no previsto por el legislador- por el hecho de aparecer las obligaciones de dicho deudor garantizadas con una fianza o hipoteca a la que sí le resulte aplicable aquélla. La DGRN

ha tratado de esta cuestión en las recientes Resoluciones de 13 y 27 de junio de 2019, señalando que desde un punto de vista registral el control de abusividad o contenido, en cuanto al contrato de garantía, debe circunscribirse como regla general a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal de préstamo garantizado, a las que le será aplicable la normativa que corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. En el supuesto de hecho el garante era consumidor, y de ahí esa referencia al control de abusividad o contenido, pero el criterio de sometimiento del contrato principal a la normativa correspondiente en función de la condición de los contratantes debería llevar también a esa no aplicación de la LCCI cuando el prestatario no es persona física, aunque sí lo sea el garante. Ello con independencia –salvo en los préstamos “de finalidad inmobiliaria del art. 2.1.b”- de que dicho garante sea o no consumidor, condición que no se requiere para los préstamos del art. 2.1.a (préstamos con garantía hipotecaria de inmueble residencial), y de que, de no serlo, no proceda tampoco en relación al mismo el control de abusividad o contenido.

No obstante, y con relación a aquellos casos (los del art. 2.1.b) en los que la ley sí exige la condición de consumidor en la persona física para entender el supuesto de hecho comprendido dentro de su ámbito de aplicación, hay que tener en cuenta que para decidir si en un préstamo a favor de una persona jurídica con un fiador o hipotecante no deudor persona física esta tiene o no esa condición de consumidor al criterio interpretativo de orden finalista que antes veíamos como necesario (el propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional) se le añade otro, que es la no vinculación del garante con la sociedad deudora ⁽¹⁷⁾. De los Autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, C-74/15 (asunto Tarcau) y de 14 de septiembre de 2016, C-534/15 (asunto Dumitras) resulta confirmado que la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas puede aplicarse a tales contratos, «cuando la persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y **carezca de vínculos funcionales** con la citada sociedad». Así ha sido declarado también por el Tribunal Supremo en su Sentencia número 1901/2018, de 17 de mayo, y por la DGRN, que en la Resolución de 31 de octubre de 2017 entendió no aplicable el



control de abusividad si la persona física que garantiza la deuda de la sociedad tiene la condición de socio, administrador o apoderado de la misma ⁽¹⁸⁾.

Cuando, por el contrario, el garante persona física sí tiene la condición de consumidor porque no solamente no actúa por razón de su actividad empresarial o profesional sino que además carece de vínculos funcionales con la sociedad prestataria, debe decidirse cuáles son los efectos y límites de la cláusula de garantía. En este sentido, las repetidas RDGRN de 13 y 27 de junio de 2019 han señalado que con arreglo a la jurisprudencia del TJUE el aval prestado no es nulo *per se* ⁽¹⁹⁾, añadiendo, como más arriba se adelantaba, que el control registral de abusividad o contenido debe limitarse a sus concretas cláusulas, sin extenderse a las específicas del contrato principal ⁽²⁰⁾: “una cosa es que en el momento de aplicarse el aval o la garantía que fuere, determinada cláusula del contrato de préstamo no le sea aplicable al avalista o al hipotecante de deuda ajena; y otra bien distinta, que se deniegue la inscripción de tal cláusula cuando la misma sí es aplicable a los prestatarios e incluso a los hipotecantes de deuda ajena, porque tal denegación, al ser la inscripción de la hipoteca constitutiva, privaría de la posibilidad de accionar esa cláusula frente a las indicadas personas”.

Ahora bien, la RDGRN de 27 de junio pasado contiene una importante matización al referirse a la inscripción de la cláusula de cobertura hipotecaria de los intereses de demora. No pudiendo dichos intereses superar respecto del consumidor el remuneratorio más dos puntos (el supuesto de hecho es anterior a la LCCI), y siendo el remuneratorio pactado fijo al 3,95%, el interés de demora estipulado en el contrato al 9%, válido respecto del prestatario no consumidor e inscribible a efectos obligacionales, “no podrá ser objeto de cobertura hipotecaria, la cual debe limitarse a aquel tipo máximo de interés moratorio que es susceptible de afectar al hipotecante consumidor, que en este caso es del 5,95%”.

III. NORMAS DE PROTECCIÓN AL PRESTATARIO: EL ACTA NOTARIAL PREVIA AL OTORGAMIENTO DEL CONTRATO

Las normas de protección al prestatario vienen establecidas en el Capítulo II de la



Ley, del que nos interesa ante todo la Sección 1ª, Disposiciones Generales, que comprende los arts. 5 a 15 e incluye preceptos directamente relacionados con el control de incorporación o de transparencia formal y con el control cualificado o de transparencia material. Sin embargo, ya antes, en el **art. 3**, se contiene una norma básica a la hora de aplicar aquéllas, relativa al “*Carácter irrenunciable*” de las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo, las cuales “*tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario*”. En consecuencia, se añade, “*serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor*”.

La parte más importante de la regulación contenida en la citada Sección 1ª es, desde el punto de vista notarial, la destinada a las obligaciones vinculadas al principio de transparencia material (**arts. 10 y 14**) y el control de las mismas (**art. 15**). Por lo demás, se regula el modo de cumplir con una serie de principios genéricos referentes a la actuación en la actividad de concesión de préstamos inmobiliarios (**arts. 5 y 9**), a su publicidad (**art. 6**) y a la evaluación de la solvencia del potencial prestatario (**arts. 11 y 12**), incluyéndose asimismo normas sobre la TAE (**art. 8**), inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (**art. 7**), y tasación de la finca (**art. 13**).

Las disposiciones de la Ley han sido complementadas y/o desarrolladas en el RDCCI y en la OMCCI. Así, el primero incluye, en sus artículos 6 a 10, normas relativas a la información que debe facilitarse al prestatario **durante la vigencia del préstamo**, o a los sucesores del prestatario, fiador o garante al fallecimiento de su respectivo causante, mientras que los artículos 11 y 12 se refieren a los medios telemáticos para la remisión de documentación por el prestamista al notario, regulando, respectivamente, los principios y requisitos técnicos (art. 11) y el procedimiento de remisión (art. 12). Por su parte, en la OMCCI se modifica (Artículo Primero) la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y en el Artículo Segundo la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en los aspectos señalados al principio de este estudio y que, en su mayor parte, se comentan a lo largo del mismo.

Antes de centrarnos en las obligaciones de transparencia material, comentaremos lo dispuesto en los artículos 7 y 13 de la Ley, antes citados.

A. DEPÓSITO DE FORMULARIOS EN EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Las obligaciones del contratante predisponente que han de ser objeto del control de transparencia formal tienden a garantizar la posibilidad de conocimiento (no el



efectivo conocimiento) por el adherente de las condiciones generales y cláusulas pre-dispuestas, las cuales, además de cumplir los requisitos de *perceptibilidad, comprensibilidad y concreción* en su redacción⁽²¹⁾, deben ser entregadas o resultar accesibles por dicho adherente. Al respecto, el **art. 7**, titulado “**Obligaciones de transparencia en relación con los contratos**”, impone ahora a los prestamistas la obligación, en relación a “*las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación*”, de inscribir las mismas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación previsto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril –más correctamente, depositarlas, como resulta luego del art. 11.2 LCGC, modificado por la Disp. Final Cuarta de la LCCI- así como la de tenerlas disponibles en su página web, y, si no disponen de ella, en sus establecimientos abiertos al público. Esta obligación se reitera en el **art. 14.6**, según el cual “*las empresas prestamistas deberán tener a disposición de las personas prestatarias los formularios de las condiciones generales de la contratación que utilicen, conforme a lo establecido en el artículo 7*”. La amplitud de los términos utilizados (“préstamo inmobiliario”) llevaría a entender, dado que todo préstamo puede tener la finalidad inmobiliaria a que se refiere el art. 2.1.b, que dicha obligación se extendería a las condiciones generales de cualquier tipo de préstamo o “forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar”. Sin embargo, cuando como complemento de dichas normas la **Dis-**

posición Final Cuarta modifica la Ley de CGC lo hace introduciendo en su art. 11.2 un párrafo conforme al cual “*los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, deberán depositarse obligatoriamente por el prestamista en el Registro antes de empezar su comercialización*”. De nuevo, por tanto, la referencia aquí al ámbito hipotecario puede plantear dudas en relación al alcance de la obligación en relación a esos préstamos del art. 2.1.b, y llevar a entender que, a pesar de que el art. 7 hable de “préstamos inmobiliarios”, la obligación de depósito que en el mismo se establece solo alcanza a los garantizados con hipoteca.

Esta parece ser la interpretación que hace la Instrucción dictada sobre esta materia por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2019, que si bien no trata expresamente la cuestión, sí se refiere continuamente a los préstamos hipotecarios. Con arreglo a dicha Instrucción, el prestamista habrá de depositar en el Registro de Condiciones Generales esos formularios, bien por modelos de contrato, bien por cláusulas ordenadas por materias u otro criterio. Aunque tanto notario como registrador de la propiedad habrán de hacer una verificación formal de tal depósito, añade el Centro Directivo que “no debe ser obstáculo para la formalización e inscripción del contrato de préstamo hipotecario que entre las cláusulas del mismo se encuentren insertadas algunas que se apartan de las condiciones generales que

se han depositado, precisamente porque por su especialidad propia no constituyen condiciones generales, sino condiciones particulares, o bien pactos que han sido objeto de negociación individual”. En todo caso, se descarta la calificación registral “de la eventual discordancia de alguna de las cláusulas de la escritura con las condiciones generales depositadas, por aplicación de la nueva redacción que al art. 258.2 de la Ley Hipotecaria se le ha dado por la Ley 5/2019”, al que se hará referencia más tarde al hablar del control de cláusulas abusivas.

Por lo demás, la obligación que se impone puede llevar a una simplificación de las minutas utilizadas en estos contratos, que podría llegar a ser aún mayor si el legislador utiliza la previsión de desarrollo reglamentario contenida en la **Disposición Final Decimoquinta**, que en su letra d) se refiere al “*establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria y de medidas que favorezcan su utilización, que será voluntaria para las partes*”.

B. TASACIÓN DE LOS INMUEBLES

El **art. 13**, relativo a la “tasación de los bienes inmuebles”, prevé que esta sea efectuada “*por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y/o profesional homologado conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo y a la disposición adicional décima de esta Ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario*”. La mencionada **Disposición Adicional Décima** anuncia que “*el Gobierno aprobará en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma el régimen de homologación de aquellos profesionales que puedan realizar tasaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de esta Ley*”.

La exigencia de que la tasación se ajuste a la normativa que se detalla “independientemente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario” parece que deja sin aplicación la doctrina de la DGRN contenida en Resolución de 14 de septiembre de 2016, según la cual, siendo exigible la tasación, tratándose de hipotecas constituidas a favor de sujetos distintos de los mencionados en el artículo 2 de la Ley 2/1981 no lo era el que la misma fuese realizada por entidad de tasación.



En todo caso, la novedad más relevante de la LCCI en relación a la tasación de la finca es la modificación que la **Disposición Final Primera, número 3**, introduce en el **art. 129 de la Ley Hipotecaria**, tras la cual este señala ahora, en relación al procedimiento o venta extrajudicial, que «el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, **ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario**». Como señala Emma Rojo en las páginas de “notariosyregistradores.com”, dado que no existe una modificación paralela en relación al procedimiento de ejecución directa, y que por lo tanto el art. 682.2 LEC sigue exigiendo que el valor de tasación para subasta no sea inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación, el pacto de utilización de ambos procedimientos exigirá ahora que el valor de tasación para el de ejecución judicial directa tampoco sea inferior al de la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley de regulación del mercado hipotecario.

C. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

Como decíamos, resultan de especial interés las previsiones contenidas en los artículos 10, 14 y 15, titulados, respectivamente, “Información precontractual de los préstamos inmobiliarios” (**art. 10**), “Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios” (**art. 14**) y “Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material” (**art. 15**). A través de las mismas el legislador introduce en la normativa aplicable a estos contratos el *deber de transparencia* a que se refiere la jurisprudencia (STS de 8 de septiembre de 2014) y regula ese control de transparencia material, desarrollado también por la jurisprudencia europea y española en base al art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Dicho control se extiende únicamente, en principio, a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y de la equivalencia entre precio y prestación; cláusulas que, por aplicación de dicho artículo 4.2, no quedan sometidas al control de abusividad ⁽²²⁾.

Podemos decir que, con arreglo a los citados artículos, la Ley impone una serie de

obligaciones a la entidad financiera (art. 14.1), al prestatario (art. 15.1), y al propio notario (art. 15.2), y que del cumplimiento de todas dichas obligaciones deberá quedar constancia en un acta notarial previa al otorgamiento de la escritura de préstamo o crédito (aunque en principio solo si se trata de los “préstamos con garantía hipotecaria residencial” a que se refiere la letra a) del art. 2.1).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la mayoría de las obligaciones del prestamista en esta etapa precontractual se imponen también a otras figuras que pueden intervenir en la misma, como son los **intermediarios de crédito inmobiliario** y sus **representantes designados** ⁽²³⁾. Dicha imposición lo es en unos casos con carácter cumulativo, a cumplir por todos ellos, pero en otros con carácter alternativo, por lo que, teóricamente, la obligación podría ser cumplida por uno u otro; y esto último es precisamente lo que parece ocurrir en relación a la documentación a entregar al prestatario según el art. 14: “*El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación: (...)*”. Ello pese a que, según previamente establece el art. 10.1, el primero de esos documentos, la FEIN, habrá de haber sido entregado, por “*el prestamista Y, SI HA LUGAR, el intermediario de crédito o su representante designado*”.

1. OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA

El **art. 14. 1** se refiere a la puesta a disposición del prestatario de determinada documentación ⁽²⁴⁾, obligación que debe estudiarse desde el punto de vista del **plazo** y **modo** de cumplimiento, y del **contenido** de la aquélla.

1.1. En cuanto al **PLAZO** para la entrega, señala el art. 14.1 que la documentación deberá entregarse con una antelación mínima de **diez días naturales** respecto al momento de la firma del contrato.

1.2. En relación con el **MODOS** de realizar esa entrega, no se determina en la regulación de forma expresa si debe tratarse de una entrega física o puede ser telemática, pero es importante lo dispuesto en el último párrafo de dicho art. 14.1, según el cual “*esta documentación,*

junto a la manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido, deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos seguros cuyas especificaciones se determinarán reglamentariamente, que deberán cumplir las siguientes exigencias mínimas: el sistema deberá permitir al Notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario”. Se exige por tanto la firma de dichos documentos por el prestatario, y, dado que no se dice otra cosa, habrá que entender que se trata de una firma manuscrita, que este habrá de estampar en un ejemplar de cada uno de aquéllos; ejemplar que, junto con un documento específico en el que el prestatario confirme que le ha sido efectuada esa entrega y explicado el contenido de la documentación, se incorporará, digitalizada, a la aplicación legalmente prevista.

El RDCCI regula en sus artículos 11 y 12 los principios, requisitos técnicos y el procedimiento de remisión al notario, regulación de la que destacamos ahora, y por lo que a continuación se dirá, los siguientes puntos:

– en primer lugar, que, al igual que la entrega al prestatario, la remisión al notario podrá ser hecha, a través de los medios telemáticos previstos, por el prestamista, intermediario de crédito o representante designado (art. 12.1);

– en segundo lugar, que “corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado la inspección de las plataformas empleadas por el prestamista, intermediario de crédito o representante designado y los notarios, en particular a los efectos del cumplimiento por las mismas de los requisitos establecidos” (art. 11.3).

El Proyecto de ley preveía que la remisión se efectuaría mediante la interconexión de las plataformas de la entidad financiera y del Consejo General del Notariado. La redacción definitiva de la Ley no recoge esa previsión y ha suscitado las dudas de si, pese a hablar de “remisión”, lo que se regula es una habilitación al Notario para el acceso a la aplicación en la que se haya efectuado esa incorporación, y de si dicha

aplicación puede ser la propia del prestamista, intermediario de crédito o representante designado. Estas dudas son resueltas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de fecha 16 de mayo de 2019, en respuesta a una consulta formulada por el Consejo General del Notariado, señalando (punto 14) que la remisión implica que la información “se desplaza desde la plataforma o aplicación informática que esté utilizando el Banco, intermediario financiero o representante del mismo a la plataforma o aplicación que esté utilizando el notario. Queda, pues, desde ese momento, bajo el control propio y exclusivo del notario, puesto que se ha consumado la remisión, sin que el Banco pueda ya tener acceso a los documentos electrónicos o información que ha remitido, por ejemplo para alterarlos. En consecuencia, esos documentos e información habrán debido quedar alojados bien en una plataforma notarial distinta de la del Banco, o bien en el ordenador del notario, pero en todo caso desligándose conceptual y físicamente en términos absolutos de la plataforma de la entidad financiera”. Hay otro argumento de peso para que la DGRN resuelva de esta manera, y es que uno de los requisitos del sistema previsto legalmente es que debe permitir al Notario una **comprobación fehaciente de la fecha** en que se incorporaron los documentos firmados por el prestatario (art. 14.1 LCCI y 11.1 RDCCI), y, como señala la Resolución, esa comprobación fehaciente “solo es posible (y solo será tal) cuando la incorporación a la aplicación queda bajo la fe pública notarial”.

Sobre la posibilidad de que el prestamista decida efectuar la remisión –y actuaciones a que la misma dará lugar– por medio de una plataforma de gestión en lugar de una propia, señala la Resolución (punto 22) que deberá aquél haber conferido un poder suficiente, la acreditación del cual podría hacerse en la práctica normal mediante remisión de una copia autorizada electrónica de la escritura de poder por el mismo sistema empleado para el resto de la documentación e información.

1.3. En cuanto al **CONTENIDO**, la documentación a que se refiere el art. 14.1 y cuya entrega al prestatario el notario deberá comprobar, dejando constancia de ello, es la siguiente:

a) La **Ficha Europea de Información Personalizada (FEIN)** regulada en el art.

10 de la Ley, que la viene a definir como el documento por medio del cual la entidad financiera ofrece al prestatario **“la información personalizada que necesite para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo”**. Y añade que su entrega deberá hacerse **“sin demora injustificada una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, y con suficiente antelación, que nunca será inferior a diez días naturales, respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo”**.

De acuerdo con ello, en ese primer momento la FEIN cumpliría una función de información y ofrecimiento, pero sin vincular a la entidad, ni por supuesto al prestatario. Pero no existe en esta fase intervención notarial que deba confirmar su entrega ni el cumplimiento de un plazo. Esa intervención aparece en el momento en que la FEIN haya adquirido, como señala el art. 14.1, **“la consideración de Oferta Vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días”**. De lo cual parece deducirse:

1. Por un lado, que para que se produzca esa conversión de la FEIN en Oferta Vinculante es preciso que exista un “pacto” entre las partes en relación al plazo que se dan para la firma del contrato. La existencia de tal pacto se entendería probada por la suscripción del documento por ambas partes, que deberá haberse realizado con la antelación señalada en la norma. Pero no parece necesario que dicho documento incluya una expresa referencia a la vinculación de la entidad, puesto que, existiendo ese pacto, tal vinculación viene impuesta legalmente (“tendrá” la consideración de oferta vinculante, dice la norma).

2. Por otro lado, que ese plazo pactado hasta la firma del contrato no puede ser inferior, pero sí superior, a los diez días.

Como vemos –y aunque es probable que la entrega de la FEIN coincida en la práctica con la suscripción de la misma por el prestatario, y por tanto con su conversión en Oferta Vinculante⁽²⁵⁾– teóricamente existen dos plazos, el de entrega de la FEIN y el de vinculación para la entidad.

Uno y otro tienen como momento final de cómputo el día en que el prestatario quede vinculado por el contrato (otorgamiento de la escritura), pero, no teniendo por qué coincidir en su duración –puesto que tanto para uno como para otro el plazo señalado en la ley se prevé como “mínimo”⁽²⁶⁾– podrían tener un diferente momento inicial, si la FEIN se ha entregado con una antelación de más de diez días, pero no se ha firmado por el prestatario (ni por tanto “pactado” en la misma el plazo para el otorgamiento de la escritura) hasta un momento posterior.

Ambos plazos son de días naturales, conforme al art. 5.2 CC, aunque ello solo se especifique en relación al del art. 10. En el cómputo, de acuerdo con el citado art. 5 CC y como recuerda la Circular de CGN 1/2019, se excluye el día de entrega.

El Anexo I de la Ley recoge el contenido de la FEIN de modo pormenorizado, incidiendo en las obligaciones económicas que el contrato conlleva para el prestatario, en particular en los supuestos de interés variable⁽²⁷⁾.

La Disposición Transitoria Cuarta de la misma arrastra una previsión que el retraso en la aprobación y publicación de la Ley dejó sin contenido práctico y según la cual hasta el 21 de marzo de 2019 los prestamistas podían seguir utilizando la Ficha de Información Personalizada (FIPER) prevista en el artículo 22 y el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, así como la Ficha de Información Precontractual prevista en el artículo 21 y en el Anexo I de dicha Orden⁽²⁸⁾. Posteriormente, la Disposición Final Tercera de la OMCCI estableció que la obligación de facilitar la FIPER subsistía hasta el día 16 de junio de 2019.

b) El segundo documento a entregar al prestatario, según el art. 14.1, es la **Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE)** cuyo contenido normalizado recoge el **Anexo II de la Orden de 2011**, modificado a tal fin por la OMCCI. También aquí existe, no obstante, en la citada Disposición Final Tercera de la OMCCI una norma especial de derecho transitorio que prevé su entrada en vigor a los tres meses de la publicación en el BOE, esto es, el 29 de julio de 2019, hasta cuya fecha habrá que entender no exigible la FIAE.

Con arreglo al citado art. 14.1, la FIAE deberá hacer referencia, en su caso, a los siguientes puntos:



1. los índices oficiales de referencia utilizados.

Hay que tener en cuenta que la utilización de dichos índices oficiales NO ES obligatoria, lo que reconocen expresamente los arts. 14.5 (al decir que los mismos podrán ser aplicados por los prestamistas “sin perjuicio de la libertad contractual”) y 21.2 (que regula los requisitos que ha de tener el índice de referencia).

Siguen teniendo la condición de tipos de interés oficiales los recogidos en el art. 27 de la OM de 28 de Octubre de 2011.

2. los límites mínimos en el tipo de interés aplicable (“cláusula suelo”). Se trata, claramente, de un error, puesto que el art. 21 incluye un número 3 según el cual “en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés”. Así lo confirma el Anexo II de la Orden de 2011 al no incluir este punto dentro del contenido normalizado de la FiAE.

El citado artículo 21 de la Ley, en su número 4, zanja también la posibilidad de una interpretación desnaturalizadora del contrato de préstamo, al confirmar que “El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo”.

3. la regulación del **vencimiento anticipado** del préstamo como consecuencia del impago, y los gastos derivados de ello (estipulación que tiene ahora nuevos límites, a los que nos referiremos).

4. la **distribución de los gastos asociados** a la concesión del préstamo.

En relación a dichos gastos, la ley incluye en el número 14.1.e) una distribución imperativa de los correspondientes a cada una de las partes, según la cual el prestatario asumirá los gastos de tasación, mientras que el prestamista asumirá los de (i) gestoría, (ii) los aranceles notariales de la escritura matriz y (iii) los de inscripción, así como (iv) el impuesto de AJD, dada la remisión que se hace a la normativa tributaria aplicable. Los aranceles notariales relativos a las copias de la escritura los satisfará quien las solicite, aunque según la Disposición Adicional Octava “el notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la presente Ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella”, a cuyo efecto deberá constar en la escritura una dirección de correo electrónico del prestatario.



Con relación al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la **Disposición final segunda** de la LCCI modifica el Texto Refundido de la Ley 1/1993, de 24 de septiembre, para confirmar la inaplicabilidad en beneficio del prestamista de los beneficios fiscales y exenciones subjetivas concedidos por dicha u otras leyes, al declarar que los mismos «no serán aplicables en las operaciones en las que el sujeto pasivo se determine en función del párrafo segundo del artículo 29 del Texto Refundido, salvo que se dispusiese expresamente otra cosa».

5. Finalmente, la FiAE deberá hacer referencia, en su caso, a que se trata de un **préstamo en moneda extranjera**.

La ley dedica el **art. 20** a regular dichos préstamos, que previamente el **art. 4.27** define como aquéllos la moneda de los cuales no sea:

- la del Estado miembro en que *resida* el prestatario; o
- aquella en la que el prestatario, en el momento de la formalización del contrato, *tenga los activos o reciba los ingresos* con los que reembolsar el préstamo

Es decir, que un préstamo en euros puede ser a estos efectos considerado como “préstamo en moneda extranjera” si se concede a un ciudadano no residente en la Zona Euro (un ciudadano residente en Gran Bretaña, por ejemplo) y que no vaya a reembolsar el préstamo con activos que tenga o con ingresos que reciba en euros.

Y la particularidad de estos préstamos – que deberá constar en la FEIN y en el contrato según el art. 20.5- radica en el derecho del prestatario a convertirlo a una de esas monedas (art. 20.1), si bien el prestatario que NO sea consumidor podrá, en lugar de ese derecho, pactar con la entidad un sistema de limitación del riesgo de fluctuación del tipo de cambio (art. 20.2). Obviamente, esta última regla no debe excluir la posibilidad del prestatario consumidor de pactar dicho sistema, sin perjuicio de que siga teniendo la opción de conversión a que se refiere el número 1. De hecho, el art. 20.5 dice que si el contrato no contiene (luego podría contener) disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el prestatario a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20 por ciento, la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 por ciento.

Los números 3 y 4 del artículo 20 regulan la obligación de información periódica a suministrar durante la vigencia del préstamo cuando es en moneda extranjera, obligación que desarrolla el art. 31 de la Orden de 28 de octubre de 2011, en la redacción que le da la OMCCI.

c) Además de la FEIN y la FiAE, en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, el art. 14.1 c) exige la entrega de un **documento separado** con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, información que el artículo 26.2 de la Orden



de 28 de octubre de 2011, en la redacción dada por la OMCCI, señala que deberá tener en cuenta los índices máximos, medios y mínimos que el índice de referencia haya experimentado durante los últimos veinte años (antes quince).

Asimismo, dicho artículo de la OMCCI amplía ahora esta obligación de información a la relativa a las posibilidades de cobertura frente a las variaciones del interés, “y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia”.

d) Se deberá entregar también una **copia del proyecto de contrato**, cuyo contenido deberá ajustarse al de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato.

Señala Ricardo CABANAS en ‘El Notario del Siglo XXI’, nº 84, que “cualquier discrepancia entre las condiciones ofertadas en la FEIN y el texto del contrato, impide cerrar el acta con resultado positivo, y consiguientemente el otorgamiento de la escritura de préstamo. No hay posibilidad alguna de que el interesado se conforme y acepte el otorgamiento con esa ausencia o discrepancia. Será necesario dar marcha atrás y empezar de nuevo el proceso”.

e) Se habrá de facilitar “Información clara y veraz de los **gastos** que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario”, con arreglo al desglose al que antes hacíamos referencia, siendo lo lógico que no se exija para ello un documento inde-

pendiente a la propia FIAE, en la que, como veíamos, ya deberá constar la distribución de los gastos asociados al préstamo.

f) cuando el prestamista requiera una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, de daños, o cualquier otro previsto en la normativa del mercado hipotecario, deberán ser objeto de entrega las **condiciones de las garantías**.

Hay que tener en cuenta que, frente a la prohibición general de “prácticas de venta vinculada de préstamos” que se establece en el **art. 17.1**, el número 3 de dicho artículo excepciona el caso de los seguros en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, el de daños respecto del inmueble hipotecado y el resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, si bien el prestamista deberá aceptar pólizas alternativas de aquellos proveedores que ofrezcan condiciones y prestaciones equivalentes ⁽²⁹⁾. En este caso, según la norma, “la aceptación por el prestamista de una póliza alternativa, distinta de la propuesta por su parte, no podrá suponer empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo” ⁽³⁰⁾.

g) por último, se refiere este art. 14.1 a la **advertencia de la obligación de recibir asesoramiento** del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura de préstamo; advertencia que, pese a la dicción literal de la norma, puede estar incluida en alguno de los documentos indicados, pareciendo la FEIN el más idóneo.

2. OBLIGACIONES DEL PRESTATARIO

La obligación impuesta por la ley al prestatario es, por tanto, la de comparecer ante el Notario, de cara a resolver las cuestiones que le plantee la operación y recibir el asesoramiento e información pertinentes. El Preámbulo de la Ley señala, efectivamente, que el conocimiento de las consecuencias de aquello a lo que se obliga es un derecho, pero también un deber del prestatario, y como tal configura el **art. 15.1** tal comparecencia: “durante el plazo previsto en el artículo 14.1, el prestatario **habrá de comparecer** ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados”. Sin embargo, y como adelantábamos más arriba, no parece que esa obligación, y con ella la relativa al otorgamiento del acta notarial, alcance a todos los préstamos mencionados en el art. 2 al determinar el ámbito de aplicación de la ley, cuestión a la que luego nos referiremos.

La comparecencia ante el notario (que el **art. 15.4** extiende “a toda persona física que sea **fidora o garante** del préstamo”), deberá tener lugar dentro de los **diez días naturales anteriores** al momento de la firma del contrato (art. 14.1), exigiendo más adelante el **número 3 del art. 15** que sea “**como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura** pública del contrato de préstamo”. En la Comisión de Economía del Congreso se introdujo en este punto una mención a la posibilidad de comparecencia por quien “**represente al prestatario a estos efectos**”. A mi juicio, hay que entender que los “efectos” a los que se refiere la ley no son específicamente los de otorgamiento del acta, sino los del contrato de préstamo. La Circular 1/2019 del Consejo General del Notariado (CGN), señala que “la Ley, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, concibe la contratación del préstamo hipotecario como un proceso “in itinere” compuesto por diversas etapas, publicidad y comercialización, e información precontractual, como pasos previos a la definitiva prestación del consentimiento por medio de la escritura pública correspondiente”. No parece razonable por ello que al otorgamiento del acta, enmarcada en ese proceso con el objeto de facilitar el asesoramiento complementario para que el prestatario pueda confirmar las consecuencias jurídicas y económicas del contrato, comparezca un representante del mismo, si no es dicho representante quien luego



ha de otorgar la escritura. Pero no es esta la opinión expuesta por el CGN en la citada Circular, según la cual “será indiferente que se comparezca mediante representación en el acta de información precontractual y no en la escritura de préstamo con garantía real hipotecaria, o viceversa”.

Cuesta compartir esta postura, más si recordamos lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado sentó en Resolución de 22 de enero de 2015 acerca de la expresión manuscrita regulada en el hoy derogado art. 6 de la Ley 1/2013: *“dirigiéndose la exigencia de la manifestación a aseverar la comprensión del contenido y consecuencias de la cláusula por parte del prestatario y siendo esta capacidad de tipo personal, diferente para cada individuo y dependiente de distintos factores que afectan asimismo a cada persona, sólo podrá ser cada interesado quien declare sobre su propio grado de comprensión”*. Añadiendo después que *“es cierto, como dice el recurrente, que tampoco se puede configurar a priori como un acto personalísimo, por lo que podría admitirse la posibilidad de que el poder contuviera un mandato expreso al respecto autorizando la contratación de una hipoteca aun cuando contuviera el tipo de cláusulas a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, cuyo alcance, no obstante, debería admitir conocer y comprender el poderdante para que de este modo no se eluda indirectamente el requisito legal de la manifestación manuscrita”*.

Con arreglo a esta doctrina, por tanto, el apoderado que la Dirección General admitía es más bien un *nuntius* que da a conocer la manifestación de voluntad o de comprensión de su principal en base a la información “cuyo alcance, no obstante, debería admitir conocer y comprender el poderdante”. Aplicar esta doctrina al sistema que ahora se diseña haría inviable el apoderamiento, si tenemos en cuenta que esa manifestación de comprensión se prevé posterior al asesoramiento notarial que constituye también el objeto del acta ⁽³¹⁾. Pero, en cualquier caso, el legislador admite la representación (hay que entender que se refiere a la voluntaria), de modo que existiendo la misma será el apoderado quien reciba ese asesoramiento y quien, en ejercicio de esa *“capacidad de tipo personal, diferente para cada individuo”* de que habla la Dirección General, declarará *“sobre su propio grado de comprensión”*, lo que le habilitará para culminar en nombre y representación del prestatario ese “proceso in itinere”, prestan-

do el consentimiento negocial en la escritura de préstamo. No parece, en cambio, que si habiendo comparecido un apoderado al otorgamiento del acta es posteriormente el prestatario quien otorga personalmente la escritura, pueda extraerse del total proceso, en relación a dicho prestatario, la misma presunción de un adecuado conocimiento y comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato ⁽³²⁾.

Distinto es el caso si el prestatario ha otorgado personalmente el acta y la escritura la otorga posteriormente en su nombre un apoderado, pues todos los trámites del control de transparencia material se habrán actuado personalmente con el contratante.

Dado que la finalidad de esta comparecencia es que “el notario pueda extender el acta”, como señala el art. 15.3, se deduciría que si no hay tal comparecencia no podrá autorizarse la misma, lo cual en principio aparenta ser bastante lógico. Sin embargo, más tarde el número 5 nos dice que *“si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia”*, lo que también habrá de hacerse *“si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 14.1”*. Por lo tanto, hay que concluir que siempre que el notario haya recibido la documentación del art. 14.1 –en la forma que señala el último párrafo de dicha norma– este deberá autorizar un acta relativa a la operación en cuestión, aunque sea de mera incomparecencia del prestatario, o, de no resultar completa dicha documentación, de constancia del incumplimiento de las obligaciones de entrega de la misma por el prestamista. Y así lo confirma el RDCCI, según luego veremos.

Por lo demás, hay que recordar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley, al principio comentado, que determina el carácter imperativo de la regulación y la nulidad de *“la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor”*. Con anterioridad a la publicación de la Ley, la posibilidad de reconocer eficacia a un contrato de préstamo en el que no se hubiere cumplido con las obligaciones de información precontractual en los términos previstos legalmente fue reconocida –con matices, pero incluso con cita de jurisprudencia del TJUE– en la Resolución de la DGRN de 19 mayo 2017

(BOE 9-6-17), y, respecto del plazo de ante-lación en la entrega de dicha información, también la Dirección General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, en Resolución de 12 julio 2017 (DOGC 24-7-17), admitió la renuncia al mismo si el consumidor reconocía expresamente haber dispuesto de tiempo suficiente para el análisis y estudio de las condiciones económicas y financieras ofrecidas. Estas posibilidades deben descartarse ahora.

3. OBLIGACIONES DEL NOTARIO: EL ACTA NOTARIAL

El art. 15.2 desarrolla las obligaciones del notario con relación al control de transparencia material, obligaciones de cuyo cumplimiento deberá dejar constancia en esa nueva acta que se regula. El art. 11.1.b) del RDCCI confirma que será el mismo notario autorizante del acta el que luego autorice la escritura de préstamo hipotecario (sin perjuicio de eventuales supuestos de sustitución) ⁽³³⁾.

3.1. FUNDAMENTO: EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL

Antes de entrar en el examen de la regulación legal referente a dicha acta, resulta conveniente, de una parte, recordar, aunque sea esquemáticamente, algunos rasgos definidores del control de transparencia material según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, de otra, acudir al Preámbulo de la Ley para interpretar la intención del legislador al introducir esta acta en el proceso de contratación del préstamo.

El Tribunal Supremo ha declarado que el control de transparencia material “tiene por objeto que el adherente **conozca o pueda conocer con sencillez** tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica” (STS de 9 de mayo de 2013) y salvaguardar “la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia” (STS de 23 de diciembre de 2015). Dicho control “se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial **deber de comprensibilidad real** en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada” (STS de 8 de septiembre de 2014) y requiere “que la información suministrada permita al consumidor tener un **conocimiento real**

y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar (su obligación de pago) en la economía del contrato” (STS de 25 de marzo de 2015).

En línea con esta jurisprudencia, en el Preámbulo de la ley se habla del “objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la **información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material**”. Se nos indica en primer lugar, de este modo, cómo se cumplen para el legislador las obligaciones relacionadas con ese principio de transparencia material: mediante la puesta a disposición del prestatario de la información necesaria para que pueda comprender la carga económica y jurídica del préstamo. Para conseguir dicho objetivo, sigue diciendo el Preámbulo, la detallada regulación de la fase precontractual “se complementa atribuyendo al notario la función de **ASESORAR IMPARCIALMENTE al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de COMPROBAR que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario**”. Se detallan ya aquí los dos aspectos de la labor notarial: el notario comprueba que concurren los requisitos de entrega de información precontractual que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, y asesora y aclara las dudas del prestatario para ayudarle a comprender la carga económica y jurídica del contrato. Y se concluye: “De ese modo, **se constituirá prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga**”.

Nada de lo anunciado en el Preámbulo supone en sí mismo novedad alguna en relación a la función desempeñada por el notario con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. La verdadera novedad radica en la constancia que habrá de dejarse en un acta

previa a la autorización de la escritura, lo cual deberá facilitar, y en cierto modo obligar, al prestatario a esa necesaria reflexión, suficientemente fundada, sobre el alcance de las obligaciones a asumir.

3.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como hemos venido comentando, la regulación no resulta suficientemente clara con relación a si el acta notarial que regula el art. 15 LCCI es exigible en los dos grupos de préstamos a que se refiere el art. 2.1 o, como entendemos, únicamente al de la letra a) del mismo. Conforme al art. 22.2, “en la contratación de **préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará su elevación a escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3**”, citando así el documento notarial propio de los préstamos hipotecarios, pero no necesariamente de los que no cuentan con dicha garantía. En el mismo sentido, la letra g) del art. 14.1, al imponer al prestamista la necesidad de advertir al prestatario de su obligación de recibir ese asesoramiento notarial personalizado se refiere al supuesto en el que “esté previsto que el préstamo se formalice **en escritura pública**”, al igual que el art. 15.7 habla de la inserción de una reseña identificativa del acta “en la escritura pública de préstamo”. También el art. 15.2, al referirse al contenido, habla de “un acta notarial previa **a la formalización del préstamo hipotecario**”. Finalmente, la norma contenida en la **Disposición Final Sexta** de la Ley, que modifica el régimen sancionador de los notarios (norma que por su naturaleza obliga a una interpretación restrictiva del supuesto de hecho a que se refiere), considera infracción muy grave “el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los **préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley**”. La conclusión sería que dicha acta está prevista únicamente para dichos préstamos, los del art. 2.1.a), y no procederá en los del art. 2.1.b), incluidos en el ámbito de aplicación de la ley por razón de su finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, salvo que, además, estén garantizados con hipoteca, y la misma recaiga sobre inmueble residencial. Y hay que decir que el hecho de que la LCCI establezca un distinto régimen para uno y otro grupo de presta-

mos tiene sentido si atendemos al principal elemento diferencial entre los mismos, que no es desde luego el tipo de documento en que se formalizan, sino la hipoteca que es característica de los primeros. Se diría que al legislador le preocupa más el riesgo de pérdida del inmueble asociado a la garantía real y que ese inmueble pueda ser la vivienda de su propietario, y menos cuando no existe esa garantía y el inmueble tiene a lo mejor otra naturaleza. Y ello explicaría que se establezca un régimen de protección “cualificado” en el primer caso, y “ordinario” en el segundo.

Esta conclusión restrictiva del ámbito de aplicación del acta del art. 15 parece confirmarse en la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019, antes citada, en la cual, después de referirse al régimen de protección previsto en la Directiva, nos dice que “4. La Ley 5/2019 amplía este ámbito ⁽³⁴⁾ en algunos casos, especialmente en relación a la concertación de **préstamos hipotecarios sobre elementos residenciales**, siendo esencial el cumplimiento del principio de transparencia material, para cuya comprobación la ley ha querido contar de forma específica con la función notarial, como eje principal. 5. En efecto en relación con los **préstamos garantizados con hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial**, el artículo 15 de la ley establece en su párrafo 1º...” ⁽³⁵⁾.

No obstante lo anterior, lo cierto es que existe un tipo de préstamos al que esta limitación de la exigencia del acta a los supuestos de hipoteca sobre inmueble residencial podría producir un empeoramiento respecto de la protección legalmente brindada con anterioridad, y es el caso de los préstamos “**con finalidad inmobiliaria y garantía hipotecaria de inmueble no residencial**, incluidos entre aquéllos a los que se refería anteriormente el art. 19 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y a los que resultaba aplicable el control de transparencia notarial previsto en el art. 30 de la misma. Esta circunstancia -unida al hecho de que en la propia Resolución se incluya, junto a las menciones de los puntos transcritos, la referencia ya vista al acta notarial como “la piedra de toque sobre la que ha de girar la concertación de **préstamos hipotecarios sobre bienes inmuebles en España**”- hace necesaria una interpretación más clarificadora sobre el ámbito de aplicación de los artículos 14 y 15 LCCI. A la espera de la misma, no hay que descartar que la no

derogación del art. 30 de la OM de 2011 implique que el mismo siga aplicándose ahora a los préstamos de finalidad inmobiliaria del art. 2.1.b) LCCI.

Ello, de una parte, significaría que se mantuviera el nivel de protección que bajo el régimen anterior definido en dicha OM se regulaba con relación a dichos préstamos “de finalidad inmobiliaria” garantizados con hipoteca de inmueble no residencial, extendiéndolo además ahora a los que no estuvieran garantizados; de otra, explicaría por qué dicho art. 30 no ha sido derogado. En este sentido, no parece razonable buscar la causa de esta sorpresiva sobrevivencia únicamente en la aplicabilidad de dicho artículo a la “hipoteca inversa” (el nuevo art. 32 Septies de la OM, efectivamente, así lo prevé con relación a esta figura), cuando se ha destinado una nueva Sección para regular la misma precisamente con el argumento, expuesto en el Preámbulo de la OMCCI, de “eliminar todo atisbo de inseguridad jurídica sobre el mantenimiento del régimen actual de protección de este producto”: si el art. 30 resultare aplicable únicamente a la hipoteca inversa habría de haber sido en esa sección en la que se hubiere ubicado ⁽³⁶⁾.

Pero al mismo tiempo, hay que preguntarse si la vigencia del art. 30 supone su aplicación también a los préstamos del art. 2.1.a), para los que la LCCI diseña un sistema de protección que tiene en el acta del art. 15 esa “piedra de toque” a que se refiere la Resolución citada. Se diría que no, y muchos de los puntos que regula dicho art. 30, como el derecho a examen del proyecto de contrato, resultan superados y subsumidos en el contenido del acta. Pero existen otros que la regulación del acta –que además se sitúa todavía en la fase precontractual- no contempla y que podría ser necesario cumplir en el acto del otorgamiento, momento al que se refiere la regulación contenida en dicho artículo.

3.3. FINALIDAD Y CONTENIDO

El art. 15.2 LCCI regula las dos obligaciones, comprobación de los requisitos de información precontractual y asesoramiento, de cuyo cumplimiento deberá el acta dejar debida constancia, aunque lo hace con referencias un tanto desordenadas, que solo en el RDCCI encuentran mejor acomodo. Sistematizando dicha regulación, puede entenderse que su cumplimiento implica:



a) Verificar “la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1”. En último término, comprobar que el prestamista ha cumplido las obligaciones que se le imponen en dicho artículo, esto es:

a.1. que ha entregado al prestatario **toda la documentación** a que dicho artículo se refiere, con el contenido previsto para cada documento.

a.2. que dicha entrega se ha hecho con una **antelación no inferior a los diez días** naturales previos al del otorgamiento de la escritura.

Ordinariamente, la FEIN no indicará un día concreto, sino una fecha límite para el otorgamiento de la escritura, que marcará el plazo máximo de vigencia de aquélla como Oferta Vinculante. Acreditada la entrega de la documentación, será la fecha de dicha entrega la que determinará a su vez cuándo puede otorgarse la escritura, una vez transcurridos los diez días señalados en la norma, debiendo por tanto comprobarse que esa primera fecha posible está dentro del plazo máximo de vigencia de la Oferta Vinculante ⁽³⁷⁾.

a.3. y que ha remitido al notario (mediante su incorporación a la aplicación informática), junto con un ejemplar de dicha documentación, la “**manifestación**” firmada por el prestatario a la que se refiere el art. 14.1 en su último párrafo, “**en la que declare** que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido”.

b) Informar y asesorar al prestatario, exigiendo en este punto la norma:

b.1. que se proporcione por el notario una **información** individualizada –nunca genérica- **sobre cada una de las cláusulas específicas** recogidas en la FEIN y en la FIAE (art. 15.2. c, primera parte);

b.2. que se haga constar (art. 15.2. b) “**las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario**”.

3.3.1. VERIFICACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN

El acta, por tanto, presenta dos partes claramente diferenciadas en cuanto a su objeto, y, en principio, también en cuanto al orden en que deben practicarse las diligencias correspondientes. Así, el art. 15.2 indica que el notario, “**en caso de que quede acreditado su cumplimiento** (verificación), **hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario (...)**”; de modo que esa verificación parece anterior incluso a la autorización misma del acta. Y también el RDCCI seguiría esta línea, si atendemos a lo dispuesto en el art. 12.1 (letras d, e, y f), que regula una comprobación de la información remitida que, de resultar negativa, requiere de una comunicación al remitente para su subsanación, producida la cual es cuando se autorizará el acta.

Pero la comprobación, según el RDCCI, se extiende (art. 12.1,c) no solo a “**la validez y corrección de la información comunicada**” sino también a “**el número de documento de**



identidad del prestatario”, señalando previamente (art. 12.1,b) que el mismo “comparecerá, personalmente o debidamente representado, de conformidad con el artículo 15.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, exhibiendo ante el notario de su elección un documento de identidad expedido a tal fin por autoridad competente”. Se introduce aquí, por tanto, una comparecencia que no es –o puede no ser– la que ordinariamente se produciría para la autorización del acta, puesto que según el art. 12,d), si el notario “constata la concurrencia de errores o carencias en materia de **identificación o información**” no habrá tal autorización, sino que procederá a esa comunicación al prestamista para su subsanación, añadiendo la norma que no se iniciará “el plazo de diez naturales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, hasta que la incidencia quede subsanada”.

Es cierto que la letra f) del mismo artículo prevé la autorización del acta –previa la señalada comprobación o validación y el preceptivo asesoramiento– “en el día y hora en que haya concertado la cita con el prestatario, **sea en el mismo momento en que se haya extraído la información o sea para una fecha posterior**”. De ahí se deduce la posibilidad de efectuar en un solo acto la extracción de la documentación remitida, su comprobación y validación y el asesoramiento al cliente. Pero –con independencia de si se considera o no conveniente esa concentración de actuaciones– eso no quita que en caso de apreciar, una vez extraída la información, la existencia de esos “errores o carencias en materia de identificación o

información” no se pueda autorizar el acta, debiendo por tanto el cliente comparecer de nuevo posteriormente... y una tercera vez cuando haya que otorgar la escritura.

Por eso cabe preguntarse por el sentido de esa comparecencia inicial, que la antes citada Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019 vincula al derecho de elección de notario, constatando, sin embargo (puntos 10 y 37), que dicha elección puede ser efectuada acudiendo a la notaría, o bien comunicándose con el notario por cualquier otro medio seguro que elija, fuera del ámbito de influencia de la entidad financiera, por ejemplo, **por medios telemáticos** “sometidos al control notarial, ya que a través de ella se da inicio a lo que será una actuación notarial” (38). En consecuencia, la validación del documento de identidad del prestatario se puede producir “(15) cuando se persona en la notaría que elija, o bien cuando realice la comunicación con la misma en el contexto digital señalado”.

Solventada la cuestión de la identificación, queda claro, por lo que a la verificación de la documentación se refiere, que es el cliente quien confirma su entrega por el prestamista, en el plazo legalmente previsto. El notario solo puede comprobar la incorporación de dicha documentación a la aplicación, y que entre la misma se incluye la citada “manifestación firmada” del prestatario en la que reconoce dicha entrega. A partir de ahí, es de esperar que, no solo la entrega en sí, sino también la incorporación a la aplicación informática, tenga una fecha que respete la antelación legalmen-

te prevista, puesto que en el sistema que se regula es esto lo único que va a quedar acreditado fehacientemente (39), a expensas de una confirmación expresa por el cliente en el acta.

En relación con el plazo de entrega, el art. 14.1 LCCI habla de “una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato”, pero dado que el acta no se autoriza en ese momento, sino necesariamente antes, la antelación que la fecha de entrega habrá de cumplir, y a la que habrá de hacer referencia el acta –aun cuando al otorgarse esta no se haya cumplido la misma– es respecto del día previsto para la firma del contrato, o, como decíamos antes, respecto del último de los días posibles para ello, de acuerdo con el plazo de vigencia de la Oferta Vinculante. Ello hay que ponerlo además en relación con las consecuencias que la norma prevé para el caso de que la “verificación” por el notario sea negativa, en cuyo caso se debe proceder igual que si el prestatario no comparece: “el notario expresará en el acta esta circunstancia” (art. 15.5), señalando la norma a continuación que “en este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo”. Como decíamos, la verificación notarial es siempre anterior a la autorización de la escritura, y de hecho el prestatario puede comparecer a otorgar el acta en cuanto reciba la documentación y esta haya quedado incorporada a la plataforma. De ahí que sí deba poder autorizarse la escritura, dentro del plazo de vigencia –inicial o prorrogado– de la Oferta Vinculante, cuando ya se haya cumplido la antelación prevista en la norma, aunque en el momento de otorgarse el acta no hayan transcurrido todavía los diez días naturales desde la entrega.

3.3.2. INFORMACIÓN Y ASESORAMIENTO

De ser positiva la verificación, el notario lo hará constar así (art. 15.2. a), y deberá facilitar al prestatario esa información individualizada sobre cada una de las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, haciendo constar asimismo (art. 15.2. b) “**las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado**”.

Es cierto que el art. 15.2 concluye señalando en su letra c) que “**igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada**”. Y esa es una



referencia que induce a confusión, pero que hay que interpretar atendiendo a cuál ha sido la evolución de la norma en su tramitación legislativa. Así, vemos cómo en el Proyecto de ley el art. 13.2.b -15.2.b en el texto definitivo- al referirse a “las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario”, añadía: “A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo”; pero esta parte de la norma ha desaparecido en la redacción definitiva, y con ella el sentido de la referencia a un “test” que no parece que sea ahora el instrumento adecuado para la finalidad con que se relaciona de “concretar la documentación entregada y la información suministrada”, únicas cuestiones que por tanto habrán de ser objeto del mismo ⁽⁴⁰⁾.

No existe en consecuencia sometimiento del prestatario a ningún tipo de “examen” por parte del notario, cuyas obligaciones al respecto son, como siempre ha hecho, informar y resolver dudas, pero sin haber de poner al prestatario en situación de tener que demostrar que ha comprendido, realmente, la carga jurídica y económica del contrato. Probablemente, el discurrir del legislador, en un contexto social de extrema sensibilidad sobre esta materia, y vistas las consecuencias que a todos los niveles ha tenido la desmesurada judicialización de la misma, haya evolucionado desde la intención inicial de eliminar cualquier posibilidad de reclamación basada en la falta de comprensión por el prestatario del alcance real de sus obligaciones, a una posición, mucho más razonable y ajustada a los rasgos definidores del control de transparencia material, centrada en garantizar que dicho consumidor ha dispuesto de todos los elementos necesarios para conocer ese alcance. A mi juicio, de lo que se trata es de que el conjunto de información y explicaciones recibidas permitan a ese “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” del que habla sistemáticamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vg., STJCE 20-09-2017, sobre hipotecas multidivisas) y al que también se refiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vg., STS 22-11-2017, sobre IRPH) formarse una opinión fundada

sobre las consecuencias del contrato⁽⁴¹⁾; sin que ello sea en absoluto contradictorio con esa “asistencia especial al otorgante necesitado de ella” a que se refiere el art. 147 del Reglamento Notarial.

Atendiendo al tenor literal de la norma, cabría incluso preguntarse si cuando la misma se refiere a “las **cuestiones** planteadas por el prestatario y el **asesoramiento** prestado por el notario” ese asesoramiento aparece vinculado a que el prestatario plantee efectivamente tales cuestiones. No creo que sea así. Sin perjuicio de que de existir las mismas el notario haya de dar unas explicaciones particulares para intentar resolverlas, en todo caso habrá de facilitar, como veíamos, una “información individualizada –nunca genérica- sobre cada una de las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE”, lo que supondrá una participación activa por su parte a fin de posibilitar el entendimiento por el prestatario, adelantándose a dar respuesta a la mayor parte de las cuestiones que normalmente podrían llegar a plantearse.

3.3.3. APERTURA, DESARROLLO Y CIERRE DEL ACTA

Como se decía más arriba, del art. 15.5 LCCI se desprende que habrá que autorizar el acta incluso en caso de que el cliente no comparezca a recibir el asesoramiento o de que no resulte positiva la verificación demandada. Teniendo en cuenta lo cual, y también la necesidad, en caso de una inicial verificación negativa, de una comunicación al prestamista para la subsanación de la incidencia detectada, parece razonable pensar en un acta que se inicie una vez el notario se descargue la documentación, y que refleje a partir de ahí por diligencia las actuaciones correspondientes, de comprobación, de comunicación de incidencias y subsanación en su caso, y de comparecencia y asesoramiento finalmente; y eso es lo que efectivamente indica la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019, que alude a las actas “de control o verificación” a que se refiere el art. 198.3 del Reglamento Notarial, e indica que el notario iniciará el acta, y abrirá número de protocolo, en la fecha correspondiente a la primera actuación ⁽⁴²⁾.

A partir de ahí, y en relación a las comunicaciones previstas, señala la Resolución (punto 11, reiterado en puntos 25, 26 y 27) que las mismas constituyen un traslado o testimonio del contenido de la diligencia

extendida en el acta que se firma electrónicamente por el notario, y deben obligatoriamente realizarse de conformidad con la legislación notarial y la técnica de sus traslados (copia o testimonio, aun electrónicos) por el canal previsto, cumpliendo lo previsto a tal efecto en la ley 24/2001 de 27 de diciembre (artículo 17bis de la Ley del Notariado). Y a la consulta de si cabe sustituir a voluntad del notario la remisión circunstanciada en extracto prevista tanto en la LCCI como en el RDCCI por una copia simple electrónica, indica (29) que “la contestación debe ser claramente positiva”.

Autorizada el acta, el art. 12.1 f) RDCCI señala que el notario notificará “a través de medios telemáticos seguros al prestamista, intermediario de crédito o representante designado el resultado positivo o negativo” de la misma, procediéndose entonces, en el primer caso, a concertar la cita para el otorgamiento de la escritura de préstamo. Si por el contrario se tratara “de un acta de contenido negativo, el notario comunicará de forma extractada sus circunstancias y reiterará al prestamista, intermediario de crédito o representante designado su derecho a obtener copia simple electrónica de la misma”. El acta tendrá contenido negativo de no haber sido posible la verificación y/o el asesoramiento. Lo primero puede producirse porque no pueda confirmarse la entrega de toda la documentación precisa con la antelación necesaria, y también si existe algún problema con la identificación del cliente; cualquiera de dichas circunstancias impedirá además el asesoramiento. La ley, por otra parte, se refiere al supuesto de falta de comparecencia, que, aunque en ocasiones cabrá englobar en el de problemas con la identificación -si el cliente no comparece, no se le habrá podido identificar, y por tanto no habrá sido posible ese aspecto de la verificación- también puede ser un supuesto específico, si se han completado ambos aspectos –con una comparecencia inicial a efectos meramente identificativos y de elección de notario, o con una elección no presencial, en ambos casos todavía sin haber practicado el asesoramiento- y el día previsto para dicho asesoramiento el cliente no comparece. Cualquiera de estas hipótesis suponen, como decíamos, que el acta tendrá un resultado negativo. En principio, no caben otros si efectivamente ha habido esa verificación –documental y de identificación- y se ha facilitado al cliente por el notario la información y asesoramiento exigibles; no procede, como venimos co-

mentando, una calificación por el notario del grado de comprensión por el cliente. Ahora bien, el art. 15.6 LCCI señala que el acta “**hará prueba (...) de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos**”, lo que parece que impediría considerar cerrada el acta con contenido positivo a falta de esa manifestación expresa ⁽⁴³⁾. Y esto podría llegar a plantear problemas en el hipotético –y previsiblemente excepcional– caso de que, a pesar de los esfuerzos puestos al tiempo de prestar el asesoramiento, el cliente mantenga dudas que no le permitan hacer dicha manifestación. Volveremos sobre este punto en el apartado siguiente.

Por lo demás, y en relación al derecho a obtención de copia simple electrónica del acta a que se refiere este art. 12.1 f) RDCCI, decir que tal derecho viene además expresamente reconocido, y extendido a ambas partes, en el número 3 del mismo art. 12, según el cual “*si el prestamista o el prestatario solicitara la remisión de copia electrónica simple o autorizada del acta a que se refieren los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, o de la escritura, el notario deberá realizar obligatoriamente dicha remisión cumpliendo los requisitos y procedimientos previstos en la normativa específica*”. Mientras la posibilidad de remisión de una copia electrónica simple no plantea dudas, habrá que esperar a esa “normativa específica” para atender a los requisitos y procedimiento de remisión de la copia electrónica autorizada. Recordemos, en cualquier caso, que con relación a la escritura la Disposición Adicional Octava de la ley, ya comentada, señala que el notario entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella.

3.4. EFICACIA Y VALOR PROBATORIO. RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

3.4.1. EN RELACIÓN A LA VERIFICACIÓN

Respecto de la primera parte del acta, relativa a la verificación de la entrega de documentación por la entidad financiera, el Preámbulo señala que mediante el acta “**se constituirá prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario– de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación...**”. Pero lo que el texto legal, contenido en el ya citado **número 6 del**

art. 15, dice es que “*Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y **hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos**, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material*”.

No se refiere por tanto a la entrega de la documentación por el prestamista, cuestión sobre la que, según hemos visto, el acta dejará constancia en cuanto a lo que el prestatario haya manifestado y el notario haya podido comprobar al acceder a la plataforma informática correspondiente, sin que la norma del art. 15.6, al hablar de su valor probatorio, añada nada.

3.4.2. EN RELACIÓN AL ASESORAMIENTO

Por lo que se refiere al asesoramiento e información al prestatario, la literalidad del transcrito art. 15.6 podría hacer entender que el acta hará prueba, mediante la manifestación del notario, de que el prestatario comprende el contenido de los documentos, como si la misma incluyera esa suerte de dictamen pericial a que el proyecto parecía referirse al incluir las citadas “pruebas de entendimiento”, pero que no es lo que finalmente se regula. De otra parte, en el proyecto de ley, el art. 13.2 incluía una letra d) según la cual en el acta debía hacerse constar “*la manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación*”. El texto legal definitivo ha trasladado dicha manifestación firmada (no dice que haya de ser manuscrita, como se mencionaba en el proyecto) a la fase precontractual en la que no existe todavía intervención notarial (art. 14.1 in fine), y ha suprimido como objeto de la misma la referencia a la comprensión y aceptación de los riesgos jurídicos y económicos de la operación. Pero de ahí no puede derivarse otra pretensión que la de posponer tal manifestación, tal como recoge el art. 15.6, al momento en que por parte del notario le haya sido facilitado el asesoramiento previsto con carácter general, y el que el prestatario necesite de modo particular, sin que ello altere la autoría de

dicha manifestación, que hay que seguir entendiendo que corresponderá al prestatario.

Sin embargo, podría ocurrir, como decíamos antes, que ese prestatario, a pesar de la información y asesoramiento notarial, mantuviera dudas que le impidieran realizar en el acta esa manifestación de comprensión. Como también es posible que esas dudas queden despejadas posteriormente, y hayan desaparecido al tiempo de otorgar la escritura, que es cuando en definitiva se presta el consentimiento negocial. Por ello, creo que la norma no acaba de acertar en este punto. El acta notarial debe **garantizar la comprensibilidad** por el cliente, mediante la información y asesoramiento, y **coadyuvar a la comprensión real**, de modo que, siendo esta algo totalmente subjetivo, pueda presumirse –que no garantizarse ⁽⁴⁴⁾– con relación a ese consumidor medio, del hecho objetivo de haberse cumplido con los requerimientos propios de los principios de transparencia formal y material. No parece necesario para ello, pudiendo por el contrario resultar perturbador en casos como el indicado, exigir esa manifestación de comprensión real ya en el acta.

3.4.3. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

Todo ello obliga a analizar el sentido de la norma que se contiene en el art. 15.7, según la cual “*En la escritura pública de préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores. En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo*”.

Como decíamos más arriba, será el mismo notario que autoriza el acta el que después autorizará la escritura. Ello, sin embargo, no excluye que en determinados supuestos, como los de sustitución, no exista esa coincidencia. Y, en todo caso, es al notario que autoriza la escritura al que se dirige la norma del art. 15.7; norma que podría suscitar dudas, pues esa afirmación, “*bajo su responsabilidad*”, de que “*el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previstos*” no puede hacerse sino, tal como también se señala, “*de*



acuerdo con el acta”, lo que en definitiva traslada la cuestión a lo que conste en esta. Por ello, entiendo que, con independencia de las obligaciones existentes en orden a la autorización del acta previa, cuyo alcance acabamos de comentar, la responsabilidad a que se refiere este número 7 es, esencialmente, la que se deriva de la necesidad, en todo caso, de confirmar el previo otorgamiento de dicha acta, tal como resulta más adelante del art. 22.2 al señalar que “En la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el Notario no autorizará su elevación a escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3”, añadiendo a continuación, en sintonía con dicha regla, que “los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 15.7”, lo cual de otra parte confirma la no necesidad de aportación del acta al Registro.

Sí es posible, no obstante, y como hemos comentado, que al tiempo del otorgamiento del acta no se haya cumplido todavía con el plazo de antelación legalmente previsto en orden a la entrega de la documentación. En este caso, deberá el notario autorizante de la escritura confirmar, por sí mismo, que en el momento de otorgarse esta sí se ha cumplido ya ese plazo.

3.5. COMPATIBILIDAD CON LA NORMATIVA CONTENIDA EN EL CÓDIGO DE CONSUMO DE CATALUÑA

Debe tenerse en cuenta que los supuestos de hecho regulados en la LCCI coincidirían con los que regula el Código de Consumo de Cataluña si se trata de préstamos CON GARANTÍA hipotecaria sobre VIVIENDA en los que el cliente (deudor, hipotecante o garante) sea una PERSONA FÍSICA CONSUMIDORA. Faltando alguna de dichas premisas no se produce ese conflicto o duplicidad de regulaciones; así:

a) Atendiendo al ámbito SUBJETIVO:

1. En caso de PERSONA FÍSICA NO CONSUMIDORA, se aplicará únicamente la LEY ESTATAL;

2. En caso de PERSONA JURÍDICA CONSUMIDORA, se aplicará únicamente el CÓDIGO DE CONSUMO;



3. Mientras que el caso de PERSONA JURÍDICA NO CONSUMIDORA queda FUERA DE LA REGULACIÓN, tanto de una como de otra normativa

b) Atendiendo al ámbito OBJETIVO, el Código de Consumo no se aplica, aunque tengan como finalidad adquirir o conservar derechos sobre bienes inmuebles:

1. A los préstamos con garantía hipotecaria sobre OTRO TIPO DE INMUEBLE, no residencial

2. A los QUE NO ESTÉN GARANTIZADOS con hipoteca

La DGRN trató esta de esta cuestión en **Resolución de 9 de marzo de 2016**, y posteriormente en la **Resolución de 14 de julio de 2017**, señalando ⁽⁴⁵⁾:

a) De una parte, la compatibilidad de ambas normativas, porque la regulación catalana:

1. supone únicamente un reforzamiento de la protección al consumidor;

2. no supone una alteración del contrato de préstamo ni de las acciones por incumplimiento o resolución, que son de competencia exclusiva estatal.

b) De otra parte, la aplicabilidad a la norma catalana de los criterios de interpretación de la norma estatal, que permitirían la renuncia del consumidor a recibir la información precontractual con la antelación legalmente prevista, posibilidad que la Direcció General

de Dret i Entitats Jurídiques admitió también, con ciertos matices, en la **Resolución de 12 de Julio de 2017**.

Se trata de determinar, una vez publicada la Ley, si puede mantenerse esa compatibilidad entre ambas normativas y, en su caso, qué alcance tiene, en particular en relación a la actuación notarial. En todo caso, debe descartarse que la eventual prevalencia de la normativa estatal tenga su apoyo en una supuesta competencia exclusiva para la transposición de las directivas europeas, la cual no está en sí misma reservada al Estado, según tiene repetidamente declarado el Tribunal Constitucional ⁽⁴⁶⁾, entre otras en la sentencia 54/2018, de 24 de mayo, en la que precisamente se anulan algunos preceptos del Código de Consumo ⁽⁴⁷⁾.

La LCCI contiene sobre este particular dos precisiones:

1. Establece en primer lugar la **Disposición final novena** de la Ley (“Titulo competencial”) que la misma “se dicta al amparo de lo establecido en el **artículo 149.1. 6º, 8º, 11º y 13º de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, procesal, hipotecaria**⁽⁴⁸⁾, ordenación de los registros e instrumentos públicos, **bases de la ordenación de crédito, banca y seguro, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente**”.

2. A su vez, la **Disposición adicional quinta** de la nueva Ley (“Desarrollo

autonómico”) señala que *“Sin perjuicio del desarrollo de la **legislación básica estatal** que realicen las comunidades autónomas en el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, **la información precontractual a facilitar a los prestatarios debe ser homogénea, en aras de la unidad de mercado, de tal forma que puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español, por lo que la normativa autonómica deberá respetar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica, y no podrá exigir adicionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia**”.*

Esta misma argumentación competencial fue ya utilizada por el legislador en la Disposición Final Cuarta de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Desde este punto de vista, por tanto, se diría que cualquier conclusión a la que se hubiere llegado bajo la vigencia de la citada Orden Ministerial (y aquí entrarían las expuestas en su día por la DGRN), debería poderse mantener una vez publicada la Ley, cuestión que sin embargo es necesario confirmar, dado el distinto alcance de una y otra normativa. En este sentido, y como nos recuerda DE LA QUADRASALCEDO ⁽⁴⁹⁾, si bien respecto del resto de competencias reservadas sobre lo básico en los demás apartados del art. 149.1 CE la interpretación es que al Estado le corresponde establecer un «común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto» (STC 34/2013, de 14 de febrero), en el caso de las bases de la planificación general de la actividad económica *“para la doctrina del Tribunal Constitucional ya consolidada, bajo la competencia reservada al Estado en el art. 149.1.13 CE se ampararía su competencia para realizar una «ordenación general de la economía»*, que haría posible «la intervención del Estado a través de medidas económicas en sectores materialmente atribuidos a la competencia de las Comunidades Autónomas», con la in-

tención de conseguir fines de una amplitud tal como el mantenimiento de la unidad de mercado o de la «unidad económica», «alcanzar los objetivos de la economía general o sectorial», o la necesidad de incidir en principios rectores de la política económica y social ⁽⁵⁰⁾. Estos criterios, en referencia de los cuales cita el autor, entre otras, la STC 31/2010 sobre la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña, son reiterados en la ya citada sentencia TC 54/2018, de 24 de mayo.

A la vista de todo lo cual, y aunque quizá podrían encontrarse argumentos para defender una interpretación distinta ⁽⁵¹⁾, hay que entender que si bien las CCAA tienen competencia de desarrollo en relación a la información precontractual a suministrar por las entidades financieras (y así lo reconoce la LCCI en su D.A.5^a), dicha información es solo una parte de un régimen de protección del consumidor que debe entenderse de aplicación general en todo el territorio del Estado, y una de cuyas bases está constituida por la intervención notarial, en los términos en que viene prevista en la Ley.

Sin embargo, la posible compatibilidad entre ambas normativas, reconocida por la DGRN bajo el régimen anterior a la ley, obliga a intentar resolver algunas cuestiones ⁽⁵²⁾:

1. Así, parece que será necesario dejar constancia en el acta de que la información suministrada por el notario al cliente incluye la referencia a aquellos puntos a que se refiere el **art. 123-10.2 CConsumo**, vengán o no previstos en la documentación entregada (consecuencias de la eventual fluctuación del precio de mercado, posibilidad de exigir ampliación de garantía, arbitraje de consumo y demás mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos...).

2. El argumento del reforzamiento de la protección del consumidor, utilizado en su momento por la DGRN para entender aplicable el plazo de cinco días hábiles a que se refiere dicho artículo, no podría mantenerse una vez que la Ley establece ahora un plazo de diez días.

3. Sí subsiste el plazo de antelación de 14 días hábiles con que debe ser entregada la FIPER según el **art. 262-4.1**, no anulado (pues no fue impugnado) por la STC 54/2018, de 24 de mayo, que sí anuló ese mismo plazo, previsto en el art. 262-6, en

relación a la oferta vinculante. Sin embargo, dado que la LCCI concreta la obligación de verificación a la documentación que se entrega a partir del momento en que la FEIN (antigua FIPER) pasa a tener la consideración de oferta vinculante, habrá que preguntarse si, con independencia de cuándo haya sido entregada la FEIN, lo que el notario habrá de confirmar es que la misma ha sido suscrita por el cliente e incorpora ya un plazo para el otorgamiento de la escritura –en definitiva: ha adquirido esa condición de oferta vinculante– con la antelación de diez días naturales que marca el art. 14.1.

4. De hecho, dado lo resuelto en su día por la DGDIEJ en Resolución de 12-7-2017, parece que el plazo de 14 días para la entrega de la FIPER o FEIN puede ser objeto de renuncia por el cliente si hace constar que ha dispuesto de suficiente tiempo de análisis y estudio de las condiciones económicas y financieras ofrecidas por la entidad prestamista con los días transcurridos desde la entrega de la documentación hasta el día de la firma.

Ahora bien, esa renuncia, a la vista de lo establecido en el **art. 3** de la LCCI, no podrá suponer en ningún caso que el plazo que media entre la conversión de la FEIN en oferta vinculante, una vez firmada aquélla y pactada la fecha de otorgamiento de la escritura, sea inferior, en relación a dicha fecha, a los diez días naturales que señala ahora la LCCI.

IV. LÍMITES LEGALES A DETERMINADAS CONDICIONES FINANCIERAS

A. COMISIÓN DE APERTURA (Art. 14.4)

El número 4 del art. 14 incluye ya una primera limitación legal a las condiciones financieras del contrato de préstamo, al decir que *“si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”.*

La norma no es enteramente nueva, puesto que ya la recogió, para los presta-



mos hipotecarios sobre vivienda, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios en el apartado 4 de su anexo I, y también La Ley 2/2009, de 31 de marzo, en su art. 5.2.b. El ámbito de aplicación previsto en la LCCI determinará, sin embargo, que dicha norma se aplique ahora no solo a los préstamos hipotecarios sobre vivienda, a que se referían dichas normas, sino a todos los que se definen en el art. 2.1 de la Ley.

Hay que recordar que, tras algunas sentencias de Audiencias Provinciales en otro sentido, el TS ha declarado recientemente que la cláusula que establece la comisión de apertura, como parte integrante del precio, no es abusiva si supera el control de transparencia (Sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero de 2019) ⁽⁵³⁾.

B. COMISIONES POR REEMBOLSO ANTICIPADO (Art. 23)

El art. 23 de la Ley regula el reembolso anticipado del préstamo como un derecho del prestatario, que la ley extiende a todos los contratos, exista o no pacto al respecto, sujeto únicamente, si así se prevé en el contrato, a un preaviso de cómo máximo un mes (n. 1) y que comporta la obligación del prestamista de facilitar al prestatario que se plantee dicha opción, en el plazo máximo de tres días hábiles, la información necesaria para evaluarla (n. 2).

Su ejercicio lleva asociado (n. 3) el derecho a la reducción “del coste total del préstamo que comprenderá los intereses y los costes correspondientes al plazo que quedase por transcurrir hasta el momento de su extinción”, en particular –y sin excluir por tanto que pueda haber otros costes asociados cuyo reintegro el deudor pudiera exigir- la parte proporcional de la prima del seguro que se hubiere contratado en su caso con carácter “accesorio” al préstamo, esto es, ofrecido por el prestamista al prestatario junto con el contrato de préstamo, para cubrir los riesgos que pudieran afectar a su capacidad de reembolso. Ello, obviamente, salvo que el prestatario decida mantener dicho seguro

Los números 4 a 8 del artículo se destinan a regular los límites a la comisión que el prestamista puede cobrar al prestatario en caso de amortización anticipada, total o parcial, y lo hacen siguiendo un esquema



inspirado en la regulación de la “compensación por riesgo de tipo de interés” contenida en el art. 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, si bien configurando las dos opciones del art. 9.4 de esta como límites conjuntos para su cálculo, de modo que no podrá exceder: ni del importe de la pérdida financiera que sufra el prestamista, calculada según se determina en la ley, ni de un determinado porcentaje máximo sobre el capital amortizado, que se fija también legalmente y que varía en función de si el préstamo es a interés variable o fijo:

1. La llamada “pérdida financiera” se calcula (n.8) proporcionalmente al capital reembolsado y resulta de **restar**:

- Al **Valor presente de mercado** del préstamo [igual a la suma de

a) El valor **actual** de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés

b) El valor **actual** del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada

Actualizaciones que se realizan aplicando el **tipo de interés de actualización** pactado en el contrato –de entre los que el Ministerio de Economía publicará- al plazo restante hasta la siguiente revisión]

- El **Capital pendiente** en el momento del reembolso anticipado

Esta regulación se complementa con lo dispuesto en la OMCCI, que modifica el art.

28 de la Orden de 28 de octubre de 2011 para señalar que a efectos del cálculo de la pérdida financiera “se considerarán índices o tipos de interés de referencia, los tipos Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años que publicará el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial. Este diferencial se fijará como la diferencia existente, **en el momento de contratación de la operación**, entre el tipo de interés de la operación y el IRS al plazo que más se aproxime, en ese momento, hasta la siguiente fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento. 2. Se aplicará el tipo de interés de referencia de los anteriores que más se aproxime al plazo del préstamo que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés o hasta la fecha de su vencimiento”. Es importante destacar que según dicha norma “el diferencial así calculado **se incorporará al documento contractual**”.

Según determina la OMCCI, este pasa a ser, asimismo, el índice o tipo de referencia para el cálculo de la “compensación por riesgo de tipo de interés” regulada en la Ley 41/2007, y que sigue siendo aplicable a los préstamos anteriores a la LCCI en que se hubiere pactado la misma.

2. Por otro lado, los **porcentajes** que respecto del capital amortizado no puede superar la comisión por reembolso anticipado son:

2.1. En préstamos a INTERÉS VARIABLE (n.5), uno u otro de los dos siguientes, **alternativamente**:



a) 0,15 %, por durante los **5** primeros años de vigencia

b) 0,25 %, por durante los **3** primeros años de vigencia

Debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, la norma contenida en el **n.6**, según la cual parece que estos límites ceden, de modo imperativo, cuando la amortización anticipada se produce en alguno de los supuestos previstos en dicho número, que son los de “**NOVACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS aplicable o de SUBROGACIÓN DE UN TERCERO en los derechos del acreedor, siempre que en ambos casos suponga la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable**”. En cualquiera de estos casos, la compensación o comisión no podrá superar la pérdida financiera, con el límite del 0,15 % del capital reembolsado anticipadamente, y ello solo si tal novación o subrogación se produce durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, pues transcurrido ese plazo el prestamista no podrá exigir compensación alguna.

No se acaba de entender, sin embargo, la inclusión aquí del supuesto de novación. Si bien en caso de subrogación acreedora siempre habrá una amortización anticipada que, de producirse dentro de los 3 primeros años de vigencia del contrato inicial, puede provocar que por aplicación de lo dispuesto en este número 6 la entidad primitiva vea reducida la comisión en su caso pactada, los supuestos de novación no in-

corporan –o no tienen por qué incorporar– amortización alguna ⁽⁵⁴⁾.

2.2. En los préstamos a INTERÉS FIJO (**n.7**), los porcentajes máximos de la comisión por reembolso anticipado son los dos siguientes, que hay que entender que **pueden ser cumulativos**:

a) 2 %, por durante los **10** primeros años de vigencia,

b) 1,5 %, por durante el **resto** del plazo.

Con arreglo a la norma general de irretroactividad que consagra la Disposición Transitoria Primera de la Ley, estos límites no serán de aplicación a los contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor, que mantendrán por tanto las comisiones o compensaciones que en su caso se hubieren pactado. Sin embargo, al señalarse en el número 2 de dicha Disposición Transitoria que “*no obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor*”, queda por resolver la cuestión –ya planteada más arriba al hablar de la aplicabilidad de la ley a los supuestos de subrogación y novación– de si caso de que en el contrato objeto de novación o subrogación existan comisiones superiores a las aquí marcadas, deben las mismas ajustarse a partir de ese momento a los límites señalados ahora en la Ley.

Existe por otro lado en el número 3 de la citada Disp. Trans. una norma específica en

relación a la facultad de reembolso anticipado, según la cual “*cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23*”, lo que implicará que aun cuando el contrato inicial celebrado antes de la entrada en vigor de la ley no previera la facultad de reembolso anticipado (si fuera posterior ya hemos visto que dicha facultad viene atribuida *ex lege*), en los contratos de préstamo a interés variable el prestatario siempre va a poder efectuar dicha amortización cuando la misma se produzca en el marco de una subrogación por cambio de acreedor –o novación, con las dudas antes expresadas respecto de este supuesto– con el objeto de aplicar durante el resto de vigencia del contrato un tipo de interés fijo. Dado que al no haberse pactado la facultad de reembolso anticipado tampoco habrá prevista en el contrato comisión alguna para tal caso, hay que preguntarse si la entidad primitiva podría exigir la comisión que determina el número 6 del art. 2.

C. CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO (Art. 24)

Pendiente, al tiempo de publicarse la ley, de que se dictase por el TJUE la resolución correspondiente en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo mediante Auto de 8 de febrero de 2017 (posteriormente resuelta mediante la controvertida sentencia de 26 de marzo de 2019), el legislador se adelanta e intenta fijar unos criterios legales que eviten la abusividad de la cláusula ajustada a los mismos.

Así, la ley contiene en el art. 24 –con un redactado que se reproduce, en términos prácticamente idénticos, en un nuevo **art. 129bis** introducido en la **Ley Hipotecaria** por el número **16 de la Disp. Final Primera**– una regulación civil, de carácter imperativo, relativa al vencimiento anticipado, señalando que “*En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, el prestatario perderá el derecho al plazo, y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos*”, para referirse a con-



continuación al impago, al mínimo impagado y al requerimiento del acreedor. Si bien ese mínimo impagado se vincula en principio a un determinado porcentaje del capital, al indicar la norma que dicho requisito “se entenderá cumplido” cuando se desatienda un número determinado de cuotas, parece en realidad estar manteniendo también el criterio hasta ahora vigente con relación al procedimiento de ejecución hipotecaria directa, aunque aumentando el número de cuotas impagadas. De este modo, podemos decir que los requisitos de la mora como causa de vencimiento anticipado son cuantitativos y formales:

1. CUANTITATIVOS: un **impago** que cancele, en función de cuándo se produzca:

a) Durante la **primera mitad** de la duración del préstamo:

I. Un **3 %** del capital concedido, o bien

II. **doce plazos mensuales** o un número de cuotas equivalente al menos a **doce meses**.

b) Durante la **segunda mitad** de la duración del préstamo:

I. Un **7 %** del capital concedido, o bien

II. **quince plazos mensuales** o un número de cuotas equivalente al menos a **quince meses**.

2. FORMALES: el **requerimiento** al deudor, con concesión de **un mes** de plazo mínimo para el cumplimiento, y **advertencia de reclamación** del total del préstamo en caso de impago.

El número 2 del art. 24 señala que “*las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario*”. El Preámbulo de la Ley ya adelanta que se sustituye “*el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo*”, y se garantiza que el vencimiento anticipado “*solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado*”. Por virtud de dicho carácter imperativo, el pacto contractual que se ajuste a lo dispuesto en la norma queda al margen de cualquier control de abusividad, conforme a lo indicado en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumi-



dores; sin que, por otra parte, sea necesario tal pacto para que se produzca el efecto de vencimiento anticipado legalmente previsto.

Al mismo tiempo, puede aparentar ser consecuencia de la imperatividad de la regulación el que, en los préstamos a que se refiere el art. 24, hubiera que entender como único posible supuesto de vencimiento anticipado, en perjuicio del deudor, la mora del mismo, lo que excluiría otros ahora habituales, como los relacionados con la disminución de la solvencia del deudor o el incumplimiento de otras obligaciones. Sin embargo, no es lo que literalmente dice la norma (que impone un supuesto específico de vencimiento anticipado, en relación al cual no admite pacto en contrario, pero no dice que sea el único), y, de hecho, la propia LCCI contempla otro posible supuesto en su **art. 11.4**, relativo a la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario, al señalar que “*La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información*”. Tampoco podrán los prestamistas resolver, rescindir o modificar el contrato de préstamo en detrimento del prestatario debido a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera **incompleta**”.

En todo caso, y respecto del concreto supuesto regulado en el art. 24, los términos de la regulación no parecen permitir

estipular límites que superen los marcados, aun cuando ello redundaría en beneficio del deudor. Por lo que se refiere a la posibilidad de que el vencimiento anticipado sea “dispensado” por el acreedor, concediendo al deudor un plazo mayor para saldar la deuda, queda amparada de facto por el hecho de que esa inmediatez del efecto legal está sujeta a un requerimiento específico y formal, por lo que no se producirá el vencimiento anticipado mientras dicho requerimiento no se produzca, sin que quepa considerar tal la simple reclamación de las cuotas impagadas si no se incluye, a modo de declaración de voluntad resolutoria, la advertencia de que, de no ser atendido aquél, se reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Esta regulación se complementa con la modificación que se introduce en el ámbito procesal en relación a la posibilidad del acreedor de reclamar el total importe de la deuda pendiente mediante el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados regulado en el Capítulo V del Título IV de la LEC. Como sabemos, hasta ahora el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la modificación introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establecía que “*podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equiva-*

lente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo”.

Este artículo es ahora objeto de nueva modificación mediante el **número 2 de la Disp. Final Quinta** de la Ley, quedando redactado como sigue: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito **concluido por una persona física** y que esté garantizado mediante **hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial**, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria». Como vemos, existe una doble novedad:

– de una parte, desaparece, como regla general, la necesidad de ese impago mínimo que había establecido la Ley 1/2013;

– de otra, como excepción a dicha regla general, y por virtud de la remisión que se hace al art. 24 de la Ley, se exige tal impago –en la cuantía mínima que ahora se incrementa– cuando se trate de **“préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial”**.

Pero hay que advertir de nuevo que no existe una total identidad entre las normas que determinan con carácter general el ámbito de aplicación de la ley, las que señalan dicho ámbito en relación a la regulación civil del vencimiento anticipado, y las que lo hacen a efectos procesales, según se puede apreciar en el siguiente cuadro:

ART. 2.1 LCCI	ART. 24 LCCI	ART. 693.2 LEC
... cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:	... cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que	... concluido por una persona física
<p>a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial.</p> <p>b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.</p>	<p>estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial</p> <p>o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial</p>	<p>y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda</p> <p>o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial</p>

Esa falta de identidad se produce, como vemos, en los siguientes elementos del supuesto de hecho que respectivamente se regula:

– por un lado, en cuanto al **cliente**, porque el art. 693.2 LEC se refiere al contrato “concluido

por” una persona física, sin especificar si ello incluye a prestatario, fiador o garante, tal como resulta de los arts. 2.1 y 24, o solo al primero;

– por otro, en relación a los préstamos **“con finalidad inmobiliaria”** del art. 2.1

b), en dos puntos: (i) no incluyéndose expresamente en el art. 693.2 LEC a los préstamos que tengan como objeto “conservar” derechos de propiedad (hablando solo de adquisición); (ii) refiriéndose ese mismo art. 693.2 LEC, como también el art. 24, a ese grupo de préstamos cuando tenga como objetos inmuebles residenciales, cosa que no hace el art. 2.1 b), en el que, por el contrario, lo que sí se exige es que el cliente sea un consumidor.

Lo cual puede significar, de no acabar imponiéndose una deseable interpretación armonizadora, que haya:

– préstamos sujetos al régimen legal general, pero no al de vencimiento anticipado del art. 24 (los del art. 2.1 b si tienen por objeto inmuebles NO RESIDENCIALES);

– préstamos que están en el supuesto inverso, no sujetos al régimen general, pero –aparentemente– sí al de vencimiento anticipado del art. 24 (los del mismo art. 2.1.b si tienen como objeto un inmueble residencial pero el cliente NO ES UN CONSUMIDOR);

– préstamos sujetos al régimen general, y al de vencimiento anticipado del art. 24, pero respecto de los que no cabe la utilización del procedimiento de ejecución directa para la reclamación de la totalidad de la deuda (los que tienen como finalidad CONSERVAR derechos de propiedad sobre inmuebles, sean o no de uso residencial, y, eventualmente, aquellos que, no teniendo como deudor a una persona física, sí lo es el FIADOR o GARANTE).

Hay que recordar, por otra parte, que junto con la posibilidad a que se refiere el número 2 del art. 693 LEC de vencimiento anticipado y ejecución directa en reclamación de la totalidad de lo adeudado, el número 1 del mismo artículo conserva la de reclamación limitada a las cuotas impagadas, exigiendo –conforme a la modificación introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo– que *“vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses”*. El efecto, cuya importancia no debe pasar desapercibida, lo determina este mismo número 1 en su último párrafo: *“Si para el pago de alguno de los plazos del capital o*



de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha”⁽⁵⁵⁾.

Finalmente, y en relación a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, decir que la **Disposición Transitoria Primera, número 4** contiene dos normas referentes al vencimiento anticipado, previendo, en primer lugar, que si dichos contratos incluyeren “cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él”. De modo que el impago de la deuda solo dará lugar al vencimiento anticipado si se cumplen los requisitos cuantitativos y formales que ahora se establecen por la ley, aunque se hubiere pactado un régimen diferente –incluso ajustado a la normativa anterior– y salvo que el deudor entienda que dicho régimen le es más beneficioso. Sin embargo, si, con arreglo a lo pactado, el vencimiento anticipado ya se hubiere producido al entrar en vigor la Ley, no se aplicará la nueva norma, y ello “se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no”⁽⁵⁶⁾.

D. INTERESES DE DEMORA (Art. 25)

Al igual que ocurre con el vencimiento anticipado, la ley incluye ahora una regulación civil de los intereses de demora, de naturaleza imperativa, contenida en el art. 25, conforme al cual “en el caso de préstamo o crédito **concluido** por una persona física que esté **garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial**, el interés de demora **será el interés remuneratorio más tres puntos** a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Regulación que se complementa con la nueva redacción que el párrafo tercero del art. 114 LH, recibe, en términos prácticamente idénticos a los de este art. 25, en virtud del **número Dos de la Disposición Final Primera**.

También aquí suscita dudas si el ámbito de aplicación de la norma se limita a los préstamos efectivamente mencionados, lo

que dejaría fuera a ese segundo grupo de préstamos “cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” (art. 2.1 b), y obligaría además a interpretar si la expresión “concluidos por” solo permite incluir, de entre los préstamos del art. 2.1.a), aquéllos préstamos en que la persona física sea deudora, o también aquéllos en que sea fiador o garante.

De modo similar a lo previsto con relación al vencimiento anticipado, el Preámbulo adelanta el carácter imperativo de la regulación al decir que “se sustituye el anterior régimen de los intereses de demora, en el que únicamente se establecía un límite máximo para cuantificarlos, por un criterio claro y fijo para su determinación”, lo cual, nos dice, “dota de una mayor seguridad jurídica a la contratación” (como indicábamos antes, la imperatividad de la norma deja fuera del control de abusividad la cláusula que se ajuste a la misma). Así, el número 2 del artículo establece que “las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”. En consecuencia, frente a lo previsto hasta ahora a efectos hipotecarios por el art. 114 LH (tres veces el interés legal del dinero) y a lo interpretado como límite de la no abusividad por la sentencia del TS 364/2016, de 3 de junio (interés remuneratorio más dos puntos), que han operado como máximos, permitiendo por tanto pactar y aplicar un interés inferior mientras no se superaran aquéllos, esta ley fija ahora un determinado tipo de interés, que hay que entender que no podrá ni reducirse ni excluirse⁽⁵⁷⁾. Todo ello sin perjuicio de que en aquellos casos en que no resulte la norma aplicable al supuesto de hecho, pero concurra en el fiador o garante la condición de consumidor, deba aplicarse en relación a este la limitación que deriva de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016.

V. CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El Proyecto de Ley, con la saludable intención de clarificar el control que ejercen notarios y registradores en relación a las cláusulas abusivas que pudieran contenerse en los contratos sujetos a la misma, modificaba, mediante su Disposición Final Sexta, el art. 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establecien-

do que «Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de **cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas** o hubieran sido declaradas **nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia** o por **sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**». En sintonía con el cual, el art. 258.2 de la Ley Hipotecaria quedaba redactado (en virtud de la Disposición Final Primera. Cuatro del Proyecto de Ley) así: «2. El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas **cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas** o hubieran sido declaradas **nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia** o por **sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**».

Una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la Comisión de Economía del Congreso propició, sin embargo, la modificación de la redacción proyectada para el art. 84 TRLDCU, de modo que si bien se confirmaban los términos en que según el Proyecto se debía ejercer la función registral, se introducía por el contrario un segundo párrafo a dicho artículo según el cual «Los notarios en caso de que aprecien que alguna de las cláusulas que se pretendan incluir en el contrato estén incursas en alguna de las situaciones señaladas en el párrafo anterior, informarán de ello a las partes y formularán la correspondiente advertencia legal en caso de que aquellas insistan en su otorgamiento». Finalmente, en el Senado se suprime el apartado Dos de la Disposición Final Octava (Sexta, en el Proyecto de ley) con lo que queda sin modificar el citado art. 84 TRLDCU, que por tanto continúa diciendo, como hasta ahora, que «los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de **cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**». Sí se mantiene, no obstante, la modificación del art. 258.2 de la LH, en el que se concreta mejor el alcance de la calificación registral, que

deberá excluir de la inscripción las cláusulas de los contratos que sean **contrarias a normas imperativas o prohibitivas** o hubieran sido **declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación**.

En coordinación con lo anterior, se modifica la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Como sabemos, el art. 22 de la misma ya establecía que *“En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Juez dictará mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo”*. Esta norma es complementada ahora con la modificación, por virtud de la **Disposición final cuarta** de la Ley, del **art. 11** de la citada LCGC, añadiendo al número 4 del mismo una frase en virtud de la cual *«Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas»*. Similar previsión contiene el **art. 521** de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que el **número Uno de la Disp. Final Quinta** añade al efecto un nuevo apartado 4.

Finalmente, también el **art. 12 LH** recibe nueva redacción, en el número Uno de la misma Disposición Final Primera:

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquiera que sea la entidad acreedora (antes: “a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”), en caso de calificación registral favorable de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real (antes, sólo “de las cláusulas de trascendencia real”), se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.»

De todo ello resulta una clarificación (menor que en el Proyecto, pero clarificación en todo caso) del papel del notario ⁽⁵⁸⁾ y del registrador en el ámbito de las cláusulas abusivas y en general de las condiciones generales de la contratación. Y ello en un doble aspecto:

1. De una parte, la nueva modificación del art. 12 LH elimina los términos restrictivos que dio a dicho artículo la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que limitaba la calificación registral a las cláusulas de trascendencia real, extendiendo la misma ahora a “las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras”, en sintonía con la interpretación que desde hace ya unos años venía haciendo la DGRN.

2. Al mismo tiempo, sin embargo, las facultades en la apreciación del posible carácter abusivo de una cláusula quedan concretadas –conforme a lo que por otro lado resulta de la normativa reguladora de esta materia, TRLGDCU y LCGC– en los términos del modificado art. 258.2 LH.

Ya hace tiempo que la Circular 1/98 del Consejo General del Notariado indicó claramente que tratándose de “cláusulas que, directamente y sin necesidad de una valoración previa, resulten contrarias a una norma concreta (algunas de las recogidas en la “lista” tienen ese carácter), el notario debe rechazar su incorporación”.

Resumiendo lo otras veces expuesto, en el ámbito de las cláusulas o condiciones abusivas en la contratación con consumidores hay que distinguir:

1. La cláusula que encaja en la **regla general del art. 82'1 TRLGDCU**, cuya abusividad resulta de ser contraria a las exigencias de la buena fe y causar, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones;

2. La cláusula subsumible en algunos de los supuestos específicos regulados en los **arts. 85 a 90 del mismo TRLGDCU**, que recogen un listado de cláusulas abusivas “en todo caso”, esto es, sin necesidad de esa concreta apreciación de ausencia de buena

fe o de desequilibrio en las contraprestaciones a que se refiere la regla general del art. 82'1.

Ahora bien, dichos artículos contienen unos supuestos más claramente definidos que otros, y por eso es habitual hablar de “**lista negra**” y “**lista gris**” de cláusulas abusivas: un ejemplo de cláusula encuadrable en la lista negra es el del art. 90,3: “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario”; mientras que se incluiría en la lista gris, entre otros muchos, el supuesto del art. 87'6, que habla de las estipulaciones que impongan al consumidor “obstáculos onerosos o desproporcionados” para el ejercicio de sus derechos.

3. Por otro lado, una cláusula puede ser abusiva porque así lo ha decretado el juez en **sentencia inscrita en el Registro de CGC**. Es el caso de aquéllas a que se refiere la STS de 16 de diciembre de 2009; por ejemplo, la que en relación a la compensación de la deuda con el saldo de cuentas o depósitos del deudor se incluía en las escrituras de Banco Santander, frente a las que sobre dicha misma materia se incluían en las minutas de Bankinter y BBVA, que el tribunal estimó ajustadas a derecho.

Tenemos por tanto unos supuestos en los que la abusividad viene directamente determinada, y otros en los que lo está de modo indirecto. Solo en el primer caso puede y debe la cláusula en cuestión quedar excluida del contrato y de la inscripción en virtud del filtro notarial y registral respectivamente, quedando cualquier otro supuesto sujeto a la apreciación judicial. Concretando:

a) Habrá una **determinación directa** que impedirá la autorización e inscripción, en dos casos:

1. el primero y más claro sería el de aquéllas cláusulas “**contrarias a normas imperativas o prohibitivas**”. Entre ellas las incluidas en la llamada **lista negra** de los arts. 85 a 90 TRLGDCU (poníamos como ejemplo el del art. 90,3: “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario”), como también las que resulten ahora contrarias al nuevo régimen imperativo recogido en la LCCI, por ejemplo en los comentados artículos 24,



sobre vencimiento anticipado, o 25, sobre interés demora.

Ya hace tiempo que la Circular 1/98 del Consejo General del Notariado indicó claramente que tratándose de “cláusulas que, directamente y sin necesidad de una valoración previa, resulten contrarias a una norma concreta (algunas de las recogidas en la “lista” tienen ese carácter), el notario debe rechazar su incorporación”.

2. el segundo, el de las cláusulas que han sido **declaradas abusivas judicialmente**. Aquí es donde el art. 258.2 LH clarifica la situación anterior, exigiendo para dicha exclusión que la sentencia que así las declare reúna uno de estos dos requisitos:

2.1. que haya sido dictada por el TS y tenga valor de jurisprudencia;

2.2. o bien, si ha sido dictada en otra instancia, que sea firme y esté inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

La DGRN, en Resolución de 25 de septiembre de 2015, ya rechazaba la inscripción “cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores”. La norma legal viene ahora a coincidir en líneas generales con dicha doctrina, aunque con algún matiz, pues se excluye esa última referencia a la abusividad que resulte de “un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores”, con lo que, a falta de inscripción en el RCGC, únicamente la abusividad declarada en las sentencias del TS con valor de jurisprudencia resultará determinante a estos efectos. Aunque no habría sobrado que el legislador lo dispusiera expresamente, entiendo que ese “valor de jurisprudencia” hay que hacerlo extensivo a las sentencias del TS no reiteradas pero dictadas en los recursos de casación en interés de la ley o en unificación de doctrina.

Evidentemente, se trata de un avance en la claridad que debe presidir los criterios de actuación de notarios y registradores, y permite superar algunos de los problemas planteados hasta ahora, por ejemplo el que deriva de redacciones tan genéricas como la incluida en el CConsumo Catalán cuando habla (art. 123-10.3) de aquellas “cláusulas que en otros casos hayan sido declaradas nulas judicialmente por haber estado consideradas abusivas”. Recordemos, sin embargo, que ya una parte importante de la doctrina clásica sobre la materia denunció la inconstitucionalidad, por vulnerar el principio de tutela judicial efectiva, de la pretensión de atribuir eficacia “erga omnes” a las sentencias inscritas en el RCGC, denuncia a la que sumó el Consejo de Estado en su día en relación al Proyecto de Ley de CGC, y el propio Ministerio Fiscal en una circular del año 2010. Parece claro no obstante, que, frente a dicha posición, se intenta hacer prevalecer el principio de “efectividad” que emana de la jurisprudencia del TJUE. A pesar de lo cual, la sentencia del TS 477/2017, de 24 de febrero, recuerda que «los efectos de cosa juzgada (...) se extienden, **subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos**»⁽⁵⁹⁾. Habrá por tanto que confiar en la colaboración de los agentes del mercado para facilitar la correcta aplicación de la norma, evitando situaciones de difícil interpretación.

b) Frente a los anteriores supuestos, existirá una **determinación indirecta** en todos los demás indicados, es decir: aquéllos previstos por el TRLGDCU, bien en la **regla general del art. 82¹** (que exige ausencia de buena fe y desequilibrio en las contraprestaciones), bien en la “**lista gris**”, es decir, las cláusulas que, incluidas en la relación de los arts. 85 a 90, requieren la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados, como en el ejemplo del art. 87⁶ al hablar de “obstáculos onerosos o desproporcionados” o de “plazos de duración excesiva”.

El legislador ha confirmado que ni el notario ni el registrador pueden hacer una interpretación en base a tales criterios para rechazar por abusiva una determinada cláusula. Ese es un control que corresponde en exclusiva a los jueces, tal como ya proclama la Exposición de Motivos de la LCGC.

NOTAS

- (1) Este estudio tiene como base el publicado en la web “notariosregistradores.com” con ocasión de la publicación de la Ley, habiendo sido esta versión actualizada y cerrada a 31 de julio de 2019.
- (2) El CGN ha elaborado asimismo unas notas informativas (NOTASCGN) y “respuestas a preguntas frecuentes” (FAQCGN), de indudable ayuda orientativa.
- (3) La posibilidad de que una persona jurídica tenga la condición de consumidor debe ser objeto de matización en el caso de las sociedades de capital. En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo 307/2019, de 3 de junio, cita en primer lugar los criterios de Derecho comunitario, resumidos por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), según la cual “el concepto de consumidor [...] debe interpretarse de forma restrictiva”, añadiendo en relación a lo dispuesto en el art. 4 TRLGDCU, según el cual “son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”, que “además, tampoco cabe compartir que la actuación de una sociedad de responsabilidad limitada en un ámbito mercantil ofrezca dudas en cuanto a su ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC) (...). Igualmente, ha de tenerse presente que el criterio de la mercantilidad por la forma que impone el art. 2 LSC supone que toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico, inclusive el art. 4 TRLGDCU. Puesto que, como también declaró la antes citada sentencia 1377/2007, la sociedad mercantil, al desarrollar una actividad externa con ánimo de lucro, integra una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social”.
- (4) Así, señala Ricardo CABANAS en El Notario del Siglo XXI, número 84 que “la profesionalidad está referida a la propia actividad de concesión del crédito, no porque se conceda crédito con ocasión de una actividad profesional diferente, matiz que conviene no descuidar”.
- (5) El documento tiene por título “Calificación registral de cláusulas de créditos y préstamos hipotecarios controvertidas tras la Ley 5/2019, reguladora de los Contratos de Crédito”.

- (6) Para el TS en las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario puede existir abuso de posición dominante, y declararse judicialmente la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del adherente. Pero tal supuesto, cuando reúne los requisitos de incorporación, tiene, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas.
- (7) La STJUE de 14 de febrero de 2019, ya citada en nota ut supra, señala que *“solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil”*.
- (8) El Considerando 15 de la Directiva señala: *“El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección. Procede, por tanto, que se aplique – a los créditos GARANTIZADOS mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, – a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a CONSERVAR derechos sobre bienes inmuebles o fincas, – y a los créditos utilizados para ADQUIRIR bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, – así como a los créditos **garantizados** destinados a la **RENOVACIÓN** de bienes inmuebles para uso residencial”*.
- (9) Sin perjuicio, como dice Ricardo CABANAS (“La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”. Diario La Ley, Nº 9379, Sección Doctrina, 18 de Marzo de 2019, Editorial Wolters Kluwer), de que la rehabilitación integral pueda quizá equipararse a la construcción del edificio, y el préstamo que financie la misma entrar en el ámbito de aplicación de la ley por su finalidad, no de conservación, sino de adquisición de ese derecho de propiedad.
- (10) En el Considerando 18 de la Directiva, el legislador europeo hace notar que existe un grupo de consumidores a los que ni esta Directiva ni la 2008/48/CE, de contratos de crédito al consumo, brinda la protección buscada, y son aquellos que suscriben *“contratos de crédito **no garantizados** que tengan por finalidad la **renovación** de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total **exceda de 75000 EUR**”*. Por ello advierte que tales créditos *“deben entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE con el fin de asegurar un nivel de protección equivalente a aquellos consumidores, y para evitar un vacío de regulación entre dicha Directiva y la presente Directiva. La Directiva 2008/48/CE debe por tanto modificarse en consecuencia”*. Es obvio que la no inclusión de tales créditos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Créditos Inmobiliarios, deriva de que no se entiende incluidos en ninguno de los dos grupos mencionados: ni están garantizados, ni tienen como finalidad *“adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir”*, lo que evidencia que la *“renovación”* no encaja entre tales supuestos.
- (11) Señala el Preámbulo: *“La Directiva 2014/17/UE establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles **de uso residencial**, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles **de uso residencial**. En la Unión Europea, cuyo derecho goza del principio de primacía frente al derecho nacional, la **vivienda** está reconocida como un derecho fundamental, tal como reconoce expresamente el apartado 65 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, donde con toda contundencia se manifiesta que «En el Derecho de la Unión, el derecho a la **vivienda** es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13». La normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles **de uso residencial**...”*.
- (12) No obstante, en el documento FAQCGN antes indicado se indica (punto 2) que *“parece evidente de acuerdo con el contenido de la Directiva atinente a los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, título de la misma, que los terrenos o edificios deben tener como destino esencial inmuebles de uso residencial”*. No se hace referencia al hecho de que la propia Directiva prevé la posibilidad de los Estados miembros de extender a otros inmuebles la aplicabilidad de las medidas de protección que se regulan, algo que por otro lado ya hacía en nuestro derecho la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 en su artículo 19.
- (13) Podemos recordar el derecho de desistimiento del comprador que no obtenga la financiación pretendida que regula el nuevo artículo 621-49 del Código Civil de Cataluña.
- (14) Por las mismas razones, no se aplicará la ley a los supuestos del segundo párrafo del citado art. 118 LH: *“si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado”*.
- (15) Existe un supuesto especial, que es el de la novación que tenga origen en la aplicación del Código de Buenas Prácticas incorporado como Anexo al Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Si bien la adaptación necesaria de las cláusulas del contrato a las normas imperativas de la LCCI podría entenderse menos lógica en un supuesto de novación forzosa para la entidad de crédito, podría ser precisamente la consideración de dicha adaptación como favorable para el deudor lo que llevara a interpretarla como una mejora añadida de modo obligado a las contenidas en el citado Código.
- (16) Recordemos que el Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, dispone en su Disposición Adicional Segunda que *“para determinar los honorarios notariales de las escrituras de novación, subrogación o cancelación de préstamos y créditos hipotecarios se aplicará, por todos los conceptos, el número 2.2.f. del arancel de los notarios, tomando como base el capital inscrito o garantizado, reducido en todo caso al 70 por ciento y con un mínimo de 90 euros. No obstante lo anterior, se aplicará el número 7 del arancel a partir del folio quincuagésimo primero inclusive”*. La Instrucción de la DGRN de 31 de mayo de 2012 entendió que dicha norma se aplica a todas las escrituras de novación, subrogación o cancelación de hipoteca, pese a que con la misma no se modificaba expresamente el art. 8 de la Ley 2/1994, que sigue señalando la aplicabilidad del arancel correspondiente a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989. La remisión ahora a la Ley 2/1994 plantea la cuestión de si en los supuestos de subrogación o novación con cambio de interés variable va a volver a ser de aplicación dicho número 1 del Arancel.
- (17) Hay que tener en cuenta que, como nos recuerda la RDGRN de 27 de junio de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con las tradicionales figuras de garantía del fiador, avalista o del hipotecante de deuda



ajena, considera también como garante a la figura del deudor solidario no beneficiario del préstamo (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/3/1998, Asunto Dietzinger), es decir, aquellas personas que, aunque no sean los verdaderos destinatarios finalistas del crédito, asumen, sin embargo, directamente el pago del mismo y son parte en el contrato principal de préstamo. Figura a la que será aplicable la doctrina jurisprudencial que excluye la condición de consumidor si existe vínculo funcional con la sociedad prestataria.

(18) Sin embargo, el círculo de personas puede ser mayor. Tratándose de préstamos a sociedades mercantiles, la RDGRN de 27 de junio de 2019 señala que el fiador no pierde la condición de consumidor cuando actúa con fines de derecho privado, “incluso aunque reúna la condición de pariente próximo de los administradores o socios de la mercantil”, con lo que parece que tales parientes sí podrían perderla si no actúan con tales fines. Y así lo entiende la SAP Barcelona 412/2019, de 19 de junio en el caso del hermano del administrador de la sociedad prestataria “en la medida en que las concretas circunstancias del caso apuntan a la existencia de vinculación funcional del mismo con la acreditada”.

En el supuesto resuelto por la sentencia 1964/2018 de la AP de Oviedo, de 29 de junio de 2018, relativo a un préstamo a favor de personas físicas no consumidoras destinado a la construcción y puesta en marcha de un establecimiento hotelero se señala, en cuanto a la fiadora, que en el caso de personas físicas no cabe hablar de vínculo funcional con el prestatario, pero sí puede darse otro tipo de vínculo que se caracterice -como en el caso del funcional- por el interés del fiador en la persona del afianzado y su actividad empresarial, y en los casos de fuerte y estrecho vínculo familiar, éste debe sustituir al funcional que se predica de las sociedades. En el supuesto de hecho, se justifica la existencia de una vinculación de la fiadora con ese destino empresarial del préstamo por tratarse de la hija de los deudores y por haber quedado acreditado que su participación como avalista venía determinada por dos motivos: por la edad de sus padres y porque ella misma iba a participar en el negocio, y de cara a su futura gestión (solicitud de subvenciones, solucionar temas fiscales...) así se consideró conveniente. Todo lo cual permite al Tribunal confirmar la apreciación de la misma como no consumidora.

(19) Será el juez nacional, dice la Dirección General, quien deberá:

- “apreciar la nulidad de la cláusula si considera que no se informó adecuadamente al consumidor, de las consecuencias que lleva, en el caso de impago del avalado, la firma del contrato de garantía, o si, se produce para la entidad financiera una ventaja desproporcionada;

- o puede declarar la cláusula de afianzamiento válida, pero apreciar que no le sean aplicables, la renuncia a los derechos de excusión, orden y división (que suele predisponerse en estos contratos);

- incluso que no le sean aplicables alguna de las cláusulas del contrato de préstamo, como el tipo de interés de demora, la cláusula suelo o las de vencimiento anticipado, en caso de que no se hayan cumplido respecto de las mismas con el avalista los requisitos de transparencia material y las concretas cláusulas se consideren abusivas, aplicando la legislación de consumidores”.

(20) “Así, serían abusivos o contrarios a normas imperativas, el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal (artículo 1826 del Código Civil), el que exonere al acreedor negligente de consentir el beneficio de excusión del fiador en el supuesto de los artículos 1832 y 1833 del Código Civil, o el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (artículo 1852 del Código Civil). Pero como el contrato de aval o de fianza no es inscribible, tal nulidad carecería de efectos registrales.

Igualmente será de aplicación al contrato de garantía o fianza, en el que concurra la condición de consumidor en el garante, toda la normativa relativa a la información precontractual, requisitos de incorporación y transparencia material acerca de la concreta obligación que constituye su objeto, de sus condiciones económicas y de la transcendencia jurídica y económica de las obligaciones que el garante o fiador asume en caso de incumplimiento del deudor principal”.

(21) “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria” Luis María MIRANDA SERRANO, InDret 2/2018, Abril 2018.

(22) Nos dice MIRANDA SERRANO (vid. nota superior), que para el TJUE la necesidad, según el art. 4.2 de la Directiva, de que una cláusula se redacte “de manera clara y comprensible”, para quedar excluida de ese control de abusividad, se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que se expongan de manera transparente las consecuencias económicas a cargo del cliente.

(23) El art. 4.5 LCCI define al «Intermediario de crédito inmobiliario» como “toda persona física o jurídica que, no actuando como prestamista, ni fedatario público, desarrolla una actividad comercial o profesional, a cambio de una remuneración, pecuniaria o de cualquier otra forma de beneficio económico acordado, consistente en **poner en contacto**, directa o indirectamente, a una persona física con un prestamista y **en realizar además alguna de las siguientes funciones** con respecto a los

contratos de préstamo a que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b):

a) presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo;

b) asistir a los prestatarios realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de dichos contratos de préstamo;

c) **celebrar los contratos de préstamo con un prestatario en nombre del prestamista”.**

A su vez, el art. 4.7 señala que es «Intermediario de crédito vinculado» “todo intermediario de crédito que actúe en nombre y bajo la responsabilidad plena e incondicional de:

a) un solo prestamista;

b) un solo grupo; o

c) un número de prestamistas o grupos que no representa a la mayoría del mercado”.

Y el art. 4.8 define al «Representante designado» como “toda persona física o jurídica que realiza las actividades propias de un intermediario de crédito inmobiliario **en nombre y por cuenta de un único intermediario**, bajo la responsabilidad plena e incondicional de éste”.

Podemos preguntarnos si en la gestoría y en los apoderados de la misma que representan al prestamista en el otorgamiento de la escritura se dan los requisitos que definen alguna de estas figuras. Así lo ha planteado el Consejo General del Notariado en consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en la Resolución de 16 de mayo de 2019 da una respuesta positiva, pero partiendo de que el gestor no es un intermediario de crédito inmobiliario, y encuadrando la figura dentro del “personal” a que se refiere el art. 4.10 como “toda persona física que al servicio de un prestamista, intermediario de crédito inmobiliario o un representante designado intervenga directamente en las actividades reguladas por esta Ley o mantenga contactos con los prestatarios en el transcurso de las actividades reguladas por ella, así como toda persona física que dirija o supervise directamente a tales personas”.

(24) Se trata ya de información personalizada, sin perjuicio de la que con carácter general debe incluirse en la publicidad de los préstamos que pueda ofertar el prestamista. En este punto, la OMCCI mantiene la FIPRE contenida en el Anexo I de la Orden de 28 de octubre de 2011, si bien modifica su contenido.

(25) Lo cual, como señala la magistrada Marta Amelia López Vozmediante en “El Notario del Siglo XXI”, número 84, limita las posibilidades del prestatario de estudiar, comparar, conocer y decidir las implicaciones del préstamo que contrata.

(26) Cuando el art. 14.1 se refiere a la antelación general con la que la entidad debe entregar la documentación (incluida la FEIN), señala que la misma debe ser de diez días naturales “como mínimo”, y cuando a continuación dice que el plazo pactado hasta la firma del

contrato -que determinará el periodo de vinculación para la entidad- deberá de ser de diez días, también añade “como mínimo”. Lo cual quiere decir que tanto uno como otro pueden ser mayores.

- (27) No incluye dicho documento, sin embargo, otra referencia a las comisiones a cobrar por el banco que la que en su caso se hubiere pactado por el reembolso anticipado del préstamo, la cual deberá respetar el límite que establece el art. 23 LCCI; no obstante, de preverse una comisión de apertura sí habrá de detallarse la misma, como elemento determinante de la TAE de la operación.

Por lo demás, conviene recordar, de una parte, que sigue vigente el art. 3.1 de la OM de 28 de Octubre de 2011, con arreglo al cual “Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”; de otra, que además de los límites que introduce ahora la ley subsisten otros, como el que para la novación por ampliación de plazo establece el art. 10 de la Ley 2/1994 del 0.10 % del capital pendiente.

- (28) La cuestión fue interpretada por el Consejo General del Notariado en su Circular urgente de 18 de marzo de 2019, indicando que “la aparente antinomia existente entre la Disposición Transitoria cuarta y Disposición Final decimosexta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, debe en aras de la seguridad del tráfico jurídico, y a los efectos de evitar la imposibilidad de autorizar escrituras de préstamo con garantía real hipotecaria ser resuelta en el sentido indicado en esta Circular”, según la cual “es de aplicación a los contratos de préstamo con garantía real hipotecaria autorizados en el período 22 de marzo a 14 de junio de 2019 la normativa comprendida en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y, en especial, las Fichas de Información Precontractual y Personalizada previstas en sus arts. 21 y 22 y Anexos I a IV”.

- (29) El art. 4.25 define como «**prácticas de venta vinculada**» “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de préstamo no se ofrece al prestatario por separado”. Frente a las «**prácticas de venta combinada**», que el art. 17.6 permite y que el art. 4.26 define como “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, cuando el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado”. Otra

excepción a la prohibición del art. 17.1 se incluye en el número 4 de dicho artículo en relación a ciertos productos financieros que sirvan de soporte operativo o de garantía a las operaciones de un préstamo. En desarrollo de este artículo, la Orden de 28 de octubre de 2011 incluye ahora un nuevo artículo 32 sexties, introducido por la OMCCI, que señala que “el prestamista podrá vincular el préstamo a la apertura o el mantenimiento de una cuenta de pago o de ahorro, por parte del prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco, siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para

- efectuar reembolsos del préstamo,
- pagar intereses del mismo o
- agrupar recursos para obtener el préstamo u
- ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago”.

- (30) Esta disposición suscita dudas en orden a la admisibilidad de la habitual cláusula de bonificaciones incluida en muchas escrituras de préstamo hipotecario, según la cual la contratación de determinados productos con el prestamista conlleva una reducción del interés aplicable. Si uno de esos productos es el seguro que el prestamista exige para la contratación del préstamo, podría entenderse que la cláusula vulnera la norma, por cuanto la contratación de una póliza alternativa con otra compañía implicaría la pérdida de esa bonificación, y en definitiva un empeoramiento de las condiciones del préstamo. A mi modo de ver, sin embargo, ello solo ocurrirá si la suscripción del seguro con el prestamista aparece efectivamente, como dice la norma, *vinculada* al préstamo, de modo que este solo se ofrezca al cliente junto con la póliza de seguro. Distinto es el caso en el que viniendo el prestatario según el contrato obligado a asegurar determinado siniestro, el cliente puede contratar dicho seguro con otras compañías, limitándose el prestamista a ofrecerle determinadas ventajas si lo hace con el mismo.

- (31) Cabría, en todo caso, un *nuntius* que trasladara la declaración del poderdante de conocer la documentación que contiene la información precontractual, haberla recibido dentro del plazo legalmente previsto, y comprenderla. Pero eso no eludiría el hecho de que el asesoramiento notarial que impone ahora la ley se practicaría en la figura de ese *nuntius*-apoderado.

- (32) Naturalmente, el prestatario puede, por ejemplo, revocar el poder y optar por una comparecencia personal en el otorgamiento de la escritura, pero a mi modo de ver ello debería hacer exigible que se reiteraran con el mismo las diligencias del acta que en su caso se hubieren practicado con el apoderado.

- (33) Se trata de algo que, además de responder a la lógica desde todos los puntos de vista -incluso arancelarios, dado que según el art. 15.8 “el acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno” - ya era deducible del art 14.1 de la Ley, al señalar que el notario extraerá del sistema implementado al efecto la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura.

- (34) Entendemos que por “ámbito” la resolución se refiere a ese régimen de protección, pues el ámbito objetivo de aplicación, por lo que se refiere a los préstamos garantizados con hipoteca, es el mismo en la Ley que en la Directiva.

- (35) Frente a esta opinión, en el documento FAQCGN, después de entender limitado el ámbito de los préstamos referidos en el art. 2.1.b) a los que tienen como objeto inmuebles de naturaleza residencial -pese a que la ley únicamente señala esa limitación en relación a los del art. 2.1.a)- se señala al mismo tiempo que “la finalidad de asegurar o reforzar la transparencia material y de reducir por este camino la posible litigiosidad, concurre en ambos supuestos sin que quepa aplicar un diferente estatuto en función de la especie documental, escritura pública o póliza intervenida (...) Según esta interpretación debería acudir al acta notarial cuando estuviera prevista una escritura pública o póliza notarial, en relación a estos casos, de créditos concedidos con la finalidad de adquirir o conservar derechos sobre inmuebles de uso residencial”.

- (36) Por el contrario, que el art. 30 de la OM de 2011 resulte aplicable también a la hipoteca inversa, que queda fuera del ámbito de la LCCI según el art. 2.4 de la misma, podría explicar que aquél mantenga conceptos como el de la FIPER, documento existente todavía en esta figura pero ya no en los préstamos sujetos a la nueva Ley; no explica, sin embargo, que el mismo siga haciendo remisiones a normas derogadas como la del art. 25 de la OM de 2011.

- (37) La Circular 1/2019 del CGN (puntos 19 y 31) entiende posible la ampliación del plazo inicialmente previsto en la Oferta Vinculante, siempre que dentro del mismo se comunique la prórroga por el prestamista y no se introduzcan modificaciones en el contenido de la documentación. No exige para ello -pese a que el art. 14.1 LCCI habla del “plazo pactado”- la constancia de la conformidad del cliente, que en todo caso quedará acreditada con la comparecencia ulterior del mismo para el otorgamiento del acta y/o de la escritura. En todo caso, no habiendo modificaciones en la Oferta Vinculante, puede resultar excesivo e incluso contrario al interés del propio prestatario que a falta de esa prórroga unilat-



eral por parte del prestamista se exija iniciar de nuevo el procedimiento de información precontractual por cualquier retraso respecto del plazo inicialmente fijado.

- (38) Al respecto, la Resolución contiene una serie de puntos de interés añadidos: Así, destaca que “(34) la mención del artículo 126 del Reglamento Notarial conduce a los límites del derecho a la libre elección de notario”; “(35) la inclusión en la plataforma notarial de la totalidad de los notarios en sus más concretas y actualizadas coordenadas de localización en nada impide ni excluye la aplicación del artículo 126 del Reglamento Notarial”; “(37) cualquier sistema que se quiera implantar debe acreditar, **ab initio**, la efectiva conexión con todos y cada uno de los notarios de España y garantizar la posibilidad de designación del notario en el momento y lugar que el consumidor elija, so pena de grave incumplimiento del deber de transparencia material, y de la norma expresa del art. 1 de la Ley”; “(39) se trataría de un sistema que si bien culmina en la comparecencia en la notaría para exhibir el documento de identidad –juicio de identidad conforme a la actual legislación notarial– se inicia de forma personalizada por el prestatario, debiendo reunir la debida garantía desde la perspectiva de la legislación de protección de datos personales”.
- (39) Como se indica en la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019, el RDCCI distingue “comprobar fehacientemente la fecha (art. 11.1.d) (obligación del notario) de “acreditar indubitablemente la fecha (art. 11.2.c) (obligación del prestamista, intermediario de crédito o representante designado”.
- (40) El CGN decidió aprovechar la idea del test para elaborar un modelo, de uso obligatorio, cuyo contenido puede considerarse que va ciertamente más allá de ese escueto objetivo, pero ello no atribuye al test otro valor añadido que el de un instrumento más que debe ayudar al propio cliente a confirmar la comprensión de la información que le ha sido suministrada.
- (41) “Lo que el intérprete o el juez hacen por medio del control de transparencia no es mirar el contenido contractual desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, desde el punto de vista de lo que subjetivamente sabe el adherente individual, sino que lo miramos objetivamente, desde el punto de vista de lo que puede conocer el adherente medio” (C. BALLUGERA, “El Registro de Cláusulas Abusivas”, notariosregistros.com, 16-01-2019).
- (42) La Circular 1/2019 del CGN, sin negar dicha posibilidad, entiende más adecuado retrasar la autorización del acta al momento en que se produzca la comparecencia, que es cuando el notario puede considerarse efectivamente elegido por el cliente.

- (43) No parece verlo así Ricardo CABANAS, que en “El Notario del Siglo XXI” número 84, escribe: “Cuestión distinta es hasta dónde llega el control del notario respecto de la efectiva comprensión de toda la información recibida... Suprimidas aquellas pruebas en el texto final de la LCCI, la actuación del notario habrá de ajustarse a lo previsto en el artículo 15.4 LCCI, que se limita a establecer como causa de denegación la falta de acreditación documental del cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones del artículo 14.1 LCCI, y la falta de comparecencia para recibir asesoramiento, pues en el acta no prestan un consentimiento contractual. **Cumpléndose ambos requisitos, el acta tendrá resultado positivo y la escritura podría formalizarse, al menos por razón de estos requisitos**”.
- (44) Señala Sergio CÁMARA LAPUENTE en El Notario del Siglo XXI, número 84: “La LCCI como ha quedado aprobada, de forma correcta, no llega a exigir del notario un “juicio” propio sobre la transparencia material: el acta, en este punto de la transparencia, solo dejará constancia, esto es, prueba, de tres hechos: qué documentación se entregó y en qué plazo, qué asesoramiento prestó el notario y qué manifestó el prestatario respecto a la comprensión del contenido contractual (...) **esa acta no podrá constituirse en prueba del auténtico grado de comprensión interna del prestatario, que como hecho perteneciente a la esfera íntima o psicológica del declarante no podrá ser sometido a la fe pública notarial (pudo mentir, pudo creer que lo entendía en ese momento y verificar posteriormente que asimiló erróneamente cierta información o consecuencias)**”. Por eso se antoja desacertada la mención que se contiene en la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019 según la cual “(36) corresponde al notario garantizar que en esa fase precontractual el consumidor comprende la carga jurídica y económica del contrato”. Más aun atendiendo a la declaración de la propia DGRN, ya citada en este estudio, contenida en la Resolución de 25 de enero de 2015: “dirigiéndose la exigencia de la manifestación a aseverar la comprensión del contenido y consecuencias de la cláusula por parte del prestatario y **siendo esta capacidad de tipo personal, diferente para cada individuo y dependiente de distintos factores que afectan asimismo a cada persona, sólo podrá ser cada interesado quien declare sobre su propio grado de comprensión**”.
- (45) Decía la DGRN: “por otra parte, **dicho artículo 123-10, número 2, debe considerarse compatible con su homónimo, el artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011 nacional, por cuanto supone únicamente un reforzamiento de la protección del consumidor a través de la potenciación de dispositivos correctores de las asimetrías informativas de las partes contratantes, sin que impliquen una alteración del contenido del contrato de préstamo y de las acciones**

por incumplimiento o resolución, las cuales se insertan dentro de la competencia exclusiva estatal (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional número 157/2009, de 23 de septiembre)”. Y añadía que en el ámbito de los requisitos de información que afectan al contenido de las cláusulas incorporadas al contrato “el artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011 constituye la regla general de la actuación notarial, y **sus criterios de interpretación han de aplicarse al artículo 123-10, número 2, del Código de consumo de Cataluña**”, pero concluyendo que **el hecho de que el notario haya cumplido con los requisitos de información y hecho las advertencias a que se refiere la Orden no permite tener por cumplidas las obligaciones que le impone el CConsumo**.

- (46) Por el contrario, nos dice DIEZ PICAZO que “el principio general establecido por la jurisprudencia constitucional es que la pertenencia de España a la Unión Europea no altera el orden interno de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En consecuencia, para decidir cuándo, cómo y dentro de qué límites pueden el Estado y las Comunidades Autónomas transponer directivas, el criterio decisivo viene dado por el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias (Luis María DIEZ-PICAZO, “Directivas Comunitarias y Comunidades Autónomas: el Derecho Patrimonial”. Revista de Derecho Político, núm. 44, 1998, págs. 307-322).
- (47) Se dice en dicha sentencia que “En su faceta estrictamente competencial, sobre la ejecución del Derecho europeo, las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónoma”.
- (48) Realmente, la competencia exclusiva sobre “legislación hipotecaria” no aparece reconocida como tal en la Constitución, sino en los términos que a continuación cita la norma, al referirse a la “ordenación de los registros e instrumentos públicos”.
- (49) Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “La transposición de las directivas que inciden en la regulación económica: la utilización del título competencial del artículo 149.1.13 CE”, dentro de la obra conjunta «Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico». (Col.lecció Institut d’Estudis Autonòmics; 85).
- (50) Cita DE LA QUADRA-SALCEDO la opinión de CARMONA CONTRERAS, para quien tras la STC 31/2010, «la facultad autonómica para desarrollar directamente normas europeas que ocupan el espacio normativo reservado a las bases estatales solo resulta constitucionalmente aceptable en tanto que el poder central

no haga uso de su competencia, procediendo a recuperarla. En tal supuesto, la “renacionalización” de las bases trae consigo que las Comunidades Autónomas recuperen el horizonte estatal de lo básico, quedando vinculadas necesariamente su actuación normativa por las disposiciones establecidas con carácter previo por aquéllas».

- (51) A la hora de buscar esos argumentos, parecería que la DGRN, cuando analiza en las Resoluciones antes citadas los mismos preceptos constitucionales a que se refiere la D.F. 9ª de la Ley, hace girar el “**régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado**”, alrededor más de la “transparencia formal” que de la “transparencia material”. Así, al señalar que entre las normas básicas de dicho régimen se encuentra “la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los **requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad** (ej. artículos 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 114 de la Ley Hipotecaria o artículo 6 de la Ley 1/2013)”. De acuerdo con lo anterior, y con la aceptación por la DGRN –y por la propia Ley– de la competencia autonómica en el ámbito de la regulación de la información en materia de consumidores, podría entenderse que esta alcanza a la que debe prestar el notario, y así resultaría de la citada Resolución de 9 de marzo de 2016, que entendió aplicable la norma de los cinco días hábiles contenida en el artículo 123-10, número 2, del Código de Consumo de Cataluña respecto del plazo de antelación para el suministro de información por el notario.

De hecho, si bien la Disposición adicional quinta de la Ley pretende como veíamos que exista, en aras de la unidad de mercado, una “homogeneidad de la información precontractual” que las CCAA deberán respetar, marca unas pautas que permitirían entender que se está refiriendo exclusivamente a la información a suministrar por los prestamistas a los consumidores (“de tal forma que puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español”).

Pudiendo añadirse a lo anterior que aunque la Constitución reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos, una cosa es que el Estado pueda decidir cómo deben actuar los notarios, en aquellos casos en que la ley prevé su intervención, y otra que no pueda el legislador autonómico determinar

cuándo es o no preceptiva esa intervención, en el ámbito de sus competencias, en este caso de la información a suministrar al consumidor.

- (52) Las conclusiones que se exponen coinciden en lo sustancial con las que se incluyen en el dictamen encargado por el Colegio de Notarios de Cataluña y elaborado por D. Manuel J. Silva, Socio Consultor de R&J y Abogado del Estado Excedente.
- (53) Señala el TS que “la propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura”.
- (54) Aunque en la búsqueda de una interpretación que haga comprensible la inclusión del supuesto de novación podamos plantearnos si los límites que se fijan en este número no se refieren a la amortización que se produzca con ocasión de la subrogación o novación en la que se pacte ese cambio de interés variable a fijo, sino a la que, una vez pactado ese cambio, se pueda producir en el futuro, la lógica parece obligar a descartar dicha interpretación, pues no tiene sentido que para facilitar la sustitución de un tipo variable a fijo se impongan al prestamista unos límites de comisión para futuras amortizaciones anticipadas inferiores a los previstos con carácter general para los préstamos a interés fijo.
- (55) Señala el mismo art. 693.1 LEC, en relación a la posibilidad que regula, que “así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente”. Se ha discutido al respecto si es

necesario para la aplicabilidad de la norma un pacto expreso (que algunas entidades prevén en sus formularios) o si, por comparación con lo señalado en el número 2, que exige en relación al vencimiento anticipado que “se hubiere convenido”, la posibilidad contemplada en este número 1 opera sin necesidad de pacto (véase José Manuel GARCÍA GARCÍA, “Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil”, Tomo I, Octava Edición, págs. 1540-1541, Cívitas 2014).

- (56) Esto significa que una declaración de vencimiento anticipado de un contrato anterior hecha por el acreedor antes de la entrada en vigor de la ley estará sujeta, conforme a la jurisprudencia sobre la materia, a la posible tacha de abusividad de la cláusula que la fundamenta, incluso en caso de un impago como el que la ley ahora señala; por el contrario, esa misma declaración, una vez vigente la LCCL, quedaría amparada por el nuevo régimen imperativo previsto en el art. 24, que queda al margen del control de abusividad conforme a lo indicado en el art. 1.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas.
- (57) Frente a esta opinión, en el documento FAQCGN se indica (16) que “el prestamista -igual que podría renunciar totalmente al cobro de cualquier pago en concepto de interés de demora, bien en el momento en que estos sean exigibles, bien anticipadamente estipulando que el impago no devengará intereses de demora- puede aceptar que la cuantía devengada por este concepto sea inferior al previsto en la Ley. La prohibición de pacto en contrario se relaciona con la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al prestatario y, por tanto, no es aplicable cuando el régimen estipulado es más favorable para aquél que el previsto legalmente”.
- (58) “El silencio legal al respecto, no debería interpretarse como un cambio respecto al control de legalidad del notario tal y como está consolidado en la doctrina de la DGRN” (Sergio Cámara Lapuente, en El Notario del Siglo XXI, número 84).
- (59) Añade dicha sentencia que “una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC”.

Cuestionario práctico sobre los Reglamentos de la UE 2016/1103 (matrimonios) y 2016/1104 (uniones registradas)

Por **Andrés Rodríguez Benot**
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide

Con motivo de la entrada en vigor de los nuevos reglamentos europeos sobre regímenes matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas, el pasado 13 de marzo, el Colegio organizó una conferencia dedicada a exponer las principales novedades y resolver, dando respuesta a un amplio cuestionario, las principales dudas y casuística que genera la nueva regulación.

Reproducimos en este artículo el cuestionario práctico al que dio respuesta el autor del artículo y conferenciante en dicha Jornada.

1. ¿El notario es órgano jurisdiccional siempre? ¿Nunca? ¿Unas veces sí y otras no?

En teoría el notario puede tener una doble consideración en los Reglamentos de 2016.

a) Como “órgano jurisdiccional” (artículo 3.2): en tal caso estaría sometido a las reglas de competencia del capítulo II (artículos 4 a 19), así como a las del Derecho aplicable del capítulo III (artículos 20 a 35), y sus decisiones circularían por las normas del capítulo IV (artículos 36 a 57). Cada Estado miembro debe indicar a la Comisión cuáles de sus autoridades y profesionales estarían integrados en esta categoría (artículo 65).

b) Como órgano no jurisdiccional, en cuyo caso su competencia derivaría de lo establecido en el ordenamiento del Estado de su pertenencia. Ello no significa que no apliquen los nuevos Reglamentos de 2016: lo harían sometidos a las normas de determinación del Derecho aplicable del capítulo III (artículos 20 a 35) y sus documentos

que autorizasen o expidiesen circularían conforme a lo establecido en el capítulo V (artículos 58 a 60).

En la práctica España no ha incluido a los notarios españoles en el listado de “órganos jurisdiccionales” (letra a), por lo que sólo se les considerará como órganos no jurisdiccionales (letra b) ni siquiera en el caso en que liquiden el régimen económico de un matrimonio (artículos 90 y concordantes del Código Civil): la información puede consultarse en https://e-justice.europa.eu/content_matters_of_matrimonial_property_regimes-559-es.do y en https://e-justice.europa.eu/content_matters_of_the_property_consequences_of_registered_partnerships-560-es.do. En cambio, en el Reglamento sucesorio europeo 650/2012 España sí designó a los notarios como “órgano jurisdiccional” en relación a las declaraciones de herederos abintestato, a los procedimientos de presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y orales y a la formación de inventario (artículos 55 y 56; 57 a 65 y 67 a 68 de la Ley del Notariado, en redacción dada por la Disposición Final 11ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria); la información puede verse en https://e-justice.europa.eu/content_succecion-380-es-es.do?member=1#a_53.

2. ¿Cuándo estamos en presencia de una pareja internacional? ¿Sólo cuando los cónyuges tienen distinta nacionalidad o siempre que medie un supuesto transfronterizo?

Los Reglamentos de 2016 no indican en ningún caso cuándo un matrimonio o una unión registrada tienen carácter transfron-

terizo. Así la cosas, el carácter internacional puede hallarse

a) En un elemento endógeno a la propia situación, a saber

- en el personal (nacionalidad, domicilio o residencia habitual de los cónyuges o miembros de la unión),

- en el objetivo (cónyuges o miembros de la unión con idénticos nacionalidad, domicilio o residencia habitual pero con bienes ubicados en diferentes países) o

- incluso territorial (cónyuges o miembros de la unión con idénticos nacionalidad, domicilio o residencia habitual y con bienes ubicados en su país pero que hubieran celebrado el matrimonio o registrado la unión en otro país).

b) Desde el punto de vista exógeno, esto es, dependiendo de la voluntad de los concernidos mediante la determinación como competente de una autoridad extranjera o como aplicable de un ordenamiento foráneo, todo ello para una situación en principio meramente interna (posibilidades ambas que, con sus limitaciones, admiten los artículos 7 y 22 de los dos Reglamentos).

Una precisión final: el elemento extranjero debe presentar una mínima importancia hasta el punto de que su presencia en la situación justificase variar la respuesta legal prevista para supuestos internos; la relevancia del elemento extranjero ha de estar calibrada, además, por su impacto en el correcto desarrollo de las libertades comunitarias (= buen funcionamiento del mercado interior, considerando 1 de los Reglamentos de 2016).



Internacional

3. Determinación de la ley aplicable en defecto de elección expresa.

Los Reglamentos proporcionan una serie de soluciones en su artículo 26 cuando los cónyuges o los miembros de una unión registrada no hayan elegido el Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de su relación en los términos establecidos en el artículo 22; esto es, cuando no hayan escogido ninguna Ley como aplicable o cuando lo hayan hecho incumpliendo alguno de los requisitos de validez exigidos.

a) Matrimonios. El apartado 1 del artículo 26 del Reglamento 2016/1103 establece las siguientes conexiones, ordenadas en cascada forzosa, para determinar el ordenamiento aplicable:

- la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio⁽¹⁾;

- en su defecto, la nacionalidad común de ambos en el momento de la celebración del mismo ; y

- en su defecto, se estará a la Ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias, que serán apreciadas por la autoridad competente de oficio o a instancia de parte.

b) Uniones registradas. El apartado 1 del artículo 26 del Reglamento 2016/1104 señala el ordenamiento del Estado conforme a cuya Ley se haya creado la unión registrada (entendiéndose por "creado" el registro de la unión, considerando 48 *in fine*).

Ambos Reglamentos incluyen no obstante un precepto similar al final de su artículo 26: se trata de una cláusula de excepción para el supuesto en que el ordenamiento aplicable fuera el del Estado de la residencia habitual común tras la celebración del matrimonio o el del Estado conforme a cuya Ley se hubiera creado la unión registrada. Se trata de una fórmula compleja pero que puede resultar útil en ciertos casos. De concurrir las condiciones previstas en esta regla, la autoridad competente tendría la potestad, que no la obligación ("podrá", indica el precepto), de aplicar el ordenamiento del Estado en que los cónyuges o miembros de la unión tuvieron su última residencia habitual común durante un período de tiempo considerablemente más largo y en cuya Ley se basaron para organizar o planificar sus relaciones pa-



trimoniales. En tal caso, continúa matizando el precepto, dicho ordenamiento se aplicará desde la celebración del matrimonio o desde la creación de la unión registrada, a menos que uno de los cónyuges o miembros de la unión no esté de acuerdo en cuyo caso tal ordenamiento surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado⁽²⁾.

4. ¿Qué se entiende por residencia habitual?

a) A diferencia del Reglamento 650/2012 sobre sucesión *mortis causa* (considerandos 23 y 24), los Reglamentos de 2016 no han incluido ningún considerando para concretar la residencia habitual. Por tanto, será la autoridad que conozca de un asunto relativo a los efectos patrimoniales de un matrimonio o de una unión registrada de carácter transfronterizo quien deberá concretar, en cada caso, cuál es la residencia habitual de una o de ambas partes a efectos de la competencia judicial y de la Ley aplicable.

b) A tal fin, del acervo de la normativa comunitaria y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE habría que tener presente lo siguiente para alcanzar una conclusión:

- la toma en consideración de todas las circunstancias;

- la integración en un entorno social y familiar que condujera al centro de interés y la vida social del individuo;

- la presencia en un país con carácter temporal (que no es lo mismo que ocasional);

- la duración, regularidad, condiciones y razones de la presencia;

- la nacionalidad;

- la ubicación de los bienes;

- en relación con los menores, las condiciones de escolarización, la cobertura sanitaria, los conocimientos lingüísticos, la lactancia o la dependencia

En conclusión, se trataría de verificar la existencia de un vínculo estrecho y estable con un Estado.

5. ¿En qué medida subsiste la norma de conflicto interna ex art. 9.2 y 3 CC español?

Tras la aplicación del Reglamento 2016/1103 hay que distinguir varios supuestos.

a) Para los matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019 las autoridades españolas seguirán determinando el ordenamiento aplicable por las normas de conflicto de nuestro sistema de Derecho internacional privado en la materia en defecto de instrumento supraestatal (que en el caso del matrimonio son las del artículo 9.2 y 3 del Código Civil, véase la respuesta a la pregunta 25); ello salvo que hubieran



especificado la Ley aplicable al matrimonio el 29 de enero de 2019 ó después de esta fecha, en cuyo caso las autoridades españolas aplicarían las normas de conflicto previstas en los Reglamentos de 2016.

b) Para los matrimonios celebrados o las uniones registradas el 29 de enero de 2019 o después de esta fecha, las autoridades españolas sólo aplicarán las normas del conflicto contenidas en los Reglamentos de 2016.

c) El artículo 9 del Código Civil seguirá aplicándose en todo caso, sea cual sea la fecha de celebración del matrimonio, del siguiente modo:

- el apartado 2º para los efectos personales del mismo; y

- los apartados 2º y 3º para los conflictos interregionales en materia de régimen económico del matrimonio (remisión del artículo 33.1 del Reglamento 2016/1103 al artículo 16 del Código Civil y remisión a su vez de éste al artículo 9 del mismo cuerpo legal).

6. La solución que se dé al punto anterior, ¿sería extrapolable al art. 9.8 CCE por mor del RUE de Sucesiones?

Para la sucesión de las personas fallecidas el 17 de agosto de 2015 ó a partir de esta fecha se aplicará el Reglamento de sucesiones (artículo 83.1, que no obstante

prevé reglas transitorias en sus apartados 2 a 4). Desde entonces el artículo 9.8 del Código Civil únicamente se aplica a los conflictos interregionales en materia sucesoria.

DESCENDIENDO AL CASO CONCRETO (el matrimonio se supone celebrado en febrero de 2019; los casos se resuelven en 2022):

7. REM de dos catalanes que se casan y fijan su residencia en Singapur.

a) Autoridad competente: habría que distinguir tres supuestos para saber si serían competentes las autoridades judiciales españolas (no las notariales pues éstas no están sujetas a las reglas de competencia judicial de los Reglamentos de 2016, véase la respuesta a la pregunta 1):

- que estuviera conociendo ya una autoridad judicial española del fallecimiento de un cónyuge en virtud del Reglamento 650/2012: el artículo 4 del Reglamento 2016/1103 acumula automática e inderogablemente la competencia en materia de REM ante aquella autoridad;

- que estuviera conociendo ya una autoridad española de una crisis matrimonial (separación, divorcio o nulidad) en virtud del Reglamento 2201/2003: el artículo 5 del Reglamento 2016/1103 no siempre acumula automática e inderogablemente la com-

petencia en aquella autoridad, habrá que estar a la casuística⁽³⁾;

- que no se trate de ninguno de los casos anteriores: habría que acudir en primer término a los artículos 7 y 8 (sumisión expresa y tácita) y, en su defecto, al artículo 6 (que utiliza sobre todo la residencia habitual y, residualmente, la nacionalidad).

b) Derecho aplicable: si la autoridad española fuera competente (en este caso indistintamente un juez o un notario), aplicaría el artículo 26 del Reglamento 2016/1103 (véase la respuesta a la pregunta 2), lo que llevaría en principio a la aplicación del Derecho de Singapur por ser el país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. Salvo que se aplicase la cláusula de excepción del artículo 26.3, que podría señalar como aplicable el ordenamiento de otro Estado.

8. REM de dos catalanes en paro que se casan y van a vivir a casa de los padres de ella, hasta que, pasados cuatro meses, encuentran trabajo en Pekín donde llevan viviendo un año.

a) Autoridad competente: véase la respuesta a la pregunta 7

b) Derecho aplicable: si la autoridad española fuera competente (indistintamente un juez o un notario), aplicaría el artículo 26 del Reglamento 2016/1103 (véase la respuesta a la pregunta 2), lo que llevaría en principio a la aplicación del Derecho español por ser el del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio (suponiendo que el padre de ella residiera en España)⁽⁴⁾. A su vez, dentro del Derecho español se aplicaría el Derecho catalán por así señalarlo el artículo 9.2 del Código Civil, al que se remite el artículo 16 del mismo Código, al que a su vez se remite el artículo 33.1 del Reglamento 2016/1103⁽⁵⁾.

9. REM de dos madrileños que se casan y se instalan inmediatamente en Arabia Saudita empleados por TALGO para el AVE a la Meca. El contrato es por dos años.

a) Autoridad competente: véase la respuesta a la pregunta 7

b) Derecho aplicable: si la autoridad española fuera competente (indistintamente



Internacional

un juez o un notario), aplicaría el artículo 26 del Reglamento 2016/1103 (véase la respuesta a la pregunta 2), lo que llevaría en principio a la aplicación del Derecho saudí por ser el del país de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. En este caso, para evitar la aplicación del Derecho saudí, bien podría operar la cláusula de excepción del artículo 26.3 del Reglamento 2016/1103 (lo que podría permitir la aplicación del Derecho español), bien podrían los madrileños haber elegido el Derecho español como aplicable (artículo 22 y ss. del Reglamento).

10. REM de dos madrileños que se casan y se instalan inmediatamente en París para hacer un cursillo de formación de seis meses para su empresa en Bilbao, donde fijarán su residencia una vez acabado el curso.

a) Autoridad competente: véase la respuesta a la pregunta 7

b) Derecho aplicable: si la autoridad española fuera competente (indistintamente un juez o un notario), aplicaría el artículo 26 del Reglamento 2016/1103 (véase la respuesta a la pregunta 2), lo que llevaría en principio a la aplicación del Derecho español por ser el del país de su nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio. Ello al no poder ser considerado, en mi opinión, Francia como país de su residencia habitual.

11. REM de dos chinos que se casan en Francia e inmediatamente después se instalan en Barcelona.

a) Autoridad competente: véase la respuesta a la pregunta 7

b) Derecho aplicable: si la autoridad española fuera competente (indistintamente un juez o un notario), aplicaría el artículo 26 del Reglamento 2016/1103 (véase la respuesta a la pregunta 2), lo que llevaría en principio a la aplicación del Derecho español por ser el del país de su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio⁽⁶⁾. A su vez, teniendo presentes las circunstancias de la pregunta, para saber si sería de aplicación el Código Civil español o el catalán habría que recurrir al artículo 33.2.b) del Reglamento, que señalaría como aplicable el catalán.



12. Matrimonio ruso, en régimen legal ruso de comunidad y residencia en Moscú; quieren comprar un inmueble en España como privativo (2/3 ella; 1/3 él):

a) ¿Pueden esos cónyuges, ante notario español, pactar que su matrimonio se rija por el Derecho español para, inmediatamente después, pactar en capítulos el régimen de separación de bienes del CCE?

La competencia del notario español vendrá derivada de lo establecido en la legislación interna española, no en el Reglamento 2016/1103 (véase la respuesta a la pregunta 1). Suponiendo competente al notario español, el citado Reglamento admite la elección del Derecho aplicable en su artículo 22 sometido a ciertas condiciones, pero éstas no permiten que el Derecho elegido fuera el español (sí podría serlo el ruso, pero ésta ya es aplicable). El Reglamento igualmente prevé el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, regulando sus requisitos de forma en sus artículos 23 y 25 y siendo aplicable al fondo el mismo ordenamiento aplicable al REM (artículo 27.g); de cumplirse esos requisitos formales y de estar admitidas las capitulaciones matrimoniales en el ordenamiento aplicable al fondo del régimen matrimonial, los cónyuges rusos podrían pactar el régimen para la adquisición del inmueble de así permitirlo dicho ordenamiento.

b) ¿Pueden esos cónyuges, ante notario español, reconocer que su

matrimonio se rige por el derecho ruso para, inmediatamente después, pactar en capítulos el régimen de separación de bienes?

Ante notario español indicarán su régimen matrimonial (en este caso el régimen legal ruso de comunidad). Podrían otorgar capitulaciones matrimoniales caso de admitirlo el ordenamiento aplicable al fondo del régimen matrimonial; y lo harían con el objeto de establecer un nuevo régimen, de modificar el legal o de sustituirlo por otro, todo ello si el ordenamiento aplicable a su régimen matrimonial así admitiera. En este caso habría que estar por tanto al Derecho ruso para verificar si podrían otorgar las capitulaciones indicadas optando por el régimen de separación.

13. REM de japonés y francesa que, inmediatamente después de casarse, van a trabajar: él a Tokio, ella a París. Cada cuatro semanas pasan quince días juntos en Bangkok, donde han comprado un apartamento. Ella acude a notario español para comprar un inmueble en España.

El notario español aplicará el ordenamiento que señale la letra c) del artículo 26.1 del Reglamento 2016/1103, puesto que no existen residencia habitual común ni nacionalidad común tras la celebración del matrimonio. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, sería el ordena-



miento de Tailandia el más estrechamente vinculado con el matrimonio y por tanto el aplicable al REM de los cónyuges.

14. Ruso y argentina, casados, sin hijos y residentes en España, desean divorciarse por mutuo acuerdo ante notario de su ciudad y liquidar su régimen matrimonial que dicen es el de gananciales. ¿Pueden?

a) La competencia de las autoridades españolas (judiciales o notariales) para conocer del divorcio se fundamentaría en el Reglamento 2201/2003, cuyo artículo 3.1.a) establece como foro la residencia habitual en el momento de la solicitud del divorcio. Por extensión, la autoridad española tendría también competencia para liquidar su REM conforme a los artículos 5.1 del Reglamento 2016/1103 y 87 y 90 del Código Civil.

b) La competente autoridad española aplicará

- al divorcio, el ordenamiento español al ser el señalado por el artículo 8.a) del Reglamento 1259/2010 (al ser España el país de la residencia habitual común en el momento de solicitud del divorcio)⁽⁷⁾;

- al REM, el ordenamiento señalado por el artículo 26 del Reglamento 2016/1103, que sería el español de ser España el país de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio; no obstante, podría tratarse de otro ordenamiento de

aplicarse la cláusula de excepción del artículo 26.3 del citado Reglamento

15. Marroquí, residente legal en España, casa en Rabat con una paisana. A los pocos días él regresa a España. Ella queda en Marruecos. Él vuelve todos años a su país por el Ramadán. Ya tienen dos hijos. A ella no le conceden la residencia y ni siquiera ha estado en España. El marroquí quiere comprar un piso en Girona y no sabe cuál es su REM.

El notario español aplicará el ordenamiento que señale artículo 26.1 del Reglamento 2016/1103. Puesto que no existe residencia habitual común tras la celebración del matrimonio (no la tendrían en España ni en Marruecos) se aplicaría el Derecho marroquí por ser el de la nacionalidad común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

RUE PAREJAS (RUR)

16. De nuevo, ¿es el notario órgano jurisdiccional para este RUE?

La respuesta es similar a la de la pregunta 1: España no ha incluido a los notarios españoles en el listado de "órganos jurisdiccionales" a los que se refiere el artículo 3.2 del Reglamento 2016/1104, por lo que no están sometidos a las reglas de competencia de su capítulo II ni sus decisiones circularían conforme a su capítulo IV.

Ello no obsta que los notarios españoles apliquen dicho Reglamento: cuando sean competentes para intervenir conforme a nuestro ordenamiento, quedarán sometidos a las normas de determinación del Derecho aplicable de su capítulo III (artículos 20 a 35) y los documentos que autoricen o expidan circularán conforme a lo establecido en su capítulo V (artículos 58 a 60).

17. El considerando 16 distingue: =Pareja hecho (PH) sin más; =PH a la que la ley del Estado reconoce "ciertos efectos"; =PH Registrada (PHR). Visto a este considerando, ¿alguna de las modalidades de PH españolas/autonómicas tiene la categoría de PHR a los efectos del RUR?

El artículo 3.1.a) del Reglamento 2016/1104 define "unión registrada" como régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación. Con independencia de lo desafortunado de la definición, debe quedar claro lo siguiente.

a) Por lógica la pareja en cuestión no podría ser formalmente un matrimonio, pues de lo contrario se le aplicaría el Reglamento 2016/1103.

b) Es obligatorio registrar la unión para que quede cubierta por el Reglamento 2016/1104; esto es, se excluyen del ámbito de aplicación del mismo las uniones libres que no dan origen a elemento formal alguno. Se ha de considerar por registro la inscripción de la unión en un registro público u oficial y, por tanto, por una autoridad igualmente pública; lo que supone que pueda ser consultado por terceros.

c) Dependen de los ordenamientos estatales las siguientes cuestiones:

- la existencia y el "contenido real" de las uniones de hecho registradas (considerandos 21 y 17), pues en el concepto y naturaleza de esta figura el Reglamento apenas exige que se trate de una unión "registrada" (artículo 3.1.a);

- el concepto y naturaleza del registro (considerandos 16 y 28);

- los principios y requisitos para la inscripción registral;



Internacional

- y las autoridades competentes para practicar las inscripciones (considerando 29 y artículos 2, 3.2, 63 y 64).

En nuestro sistema, como es bien sabido, todas esas cuestiones tienen un tratamiento fragmentario o atomizado por la ausencia de normativa estatal y la proliferación de legislaciones de las Comunidades Autónomas

En conclusión, si la unión prevista por alguna normativa autonómica no es matrimonio y está inscrita en un registro público u oficial puede ser considerada unión registrada a los efectos del Reglamento 2016/1104. Cuestión importante es la naturaleza del registro, a lo que se dedica la pregunta siguiente.

18. Los registros autonómicos ¿son "registro" a los efectos del RUR?

Si un registro de una Comunidad Autónoma es público u oficial, puede ser consultado por terceros y está llevado por una autoridad igualmente pública, será "registro" a los efectos del Reglamento 2016/1104. Esta respuesta no está afectada por el hecho de que el registro produzca efectos constitutivos o declarativos, pues ambos tipos estarían cubiertos por el Reglamento: dependerá de la *lex registrii* (= ordenamiento del Estado de ubicación del registro) que éste produzca uno u otro tipo de efectos. En España habría que estar a lo establecido en las legislaciones de las Comunidades Autónomas.

En alguna de ellas (por ejemplo en Cataluña) se puede generar confusión por la exigencia del artículo 3.1.a) del Reglamento de que el registro sea obligatorio frente al carácter voluntario del registro de parejas estables regulado por Orden de 28 de mayo de 2017. El origen de la confusión se halla en el hecho de que la versión española del artículo 3.1.a) del Reglamento utiliza el término "registro", que en nuestro ordenamiento tiene doble acepción: por un lado la inscripción registral de la unión y por otro lado la institución u órgano en que es inscrita. Pues bien, el Reglamento se refiere en su artículo 3.1.a) únicamente a la primera acepción, esto es, que lo obligatorio es la inscripción de la unión en un registro para que quede sometida al Reglamento⁽⁸⁾. Éste no se pronuncia sobre la naturaleza obligatoria o facultativa del registro



como institución u órgano, pues ello depende del Derecho de cada Estado.

Una interpretación distinta dejaría fuera del Reglamento 2016/1104 el registro de parejas estables de Cataluña (o de otras CCAA que también lo califican como voluntario), lo que sería un sinsentido. En definitiva, la obligatoriedad del registro está referida al acto de inscripción registral de la unión o pareja, de tal modo que lo obligatorio es que ésta esté registrada para poder aplicarle el Reglamento. Así las cosas, a las parejas estables del artículo 234-1 del libro segundo del Código civil catalán se les aplicaría el Reglamento 2016/1104 si estuvieran inscritas en el registro de parejas estables de Cataluña y no se les aplicaría si no lo estuvieran.

19. ¿Es "registro" el protocolo notarial?

En mi opinión no, pues no cumple con los requisitos exigidos para la existencia de un registro (véanse las respuestas a las preguntas 17 y 18). En una unión libre en la que los miembros hubieran manifestado su voluntad en un documento auténtico ante notario faltaría la eficacia *erga omnes* del consentimiento, que es típica del matrimonio y de la unión registrada⁽⁹⁾.

20. Para el RUE (y para el TCE) no cabe PH sin consentimiento, ¿qué valor "internacional" damos a la PH por mera convi-

encia probada y o por mera generación de descendencia (como es el caso de CC Cataluña)?

Si una unión de este tipo estuviera inscrita en un registro público u oficial (como podría ser el de parejas estables de Cataluña) y tuviera repercusión transfronteriza (véase la respuesta a la pregunta 2), estaría incluida en el ámbito de aplicación substantivo del Reglamento 2016/1104. De lo contrario no (véase la respuesta a la pregunta 18).

21. ¿Cuál es la ley aplicable a las PHR? Puntos de conexión.

Véase la respuesta a la pregunta 3.

22. ¿Puede un notario ejerciente en Cataluña autorizar una escritura (no acta) de PH sujeta a este RUR:

- de dos franceses residentes en Francia
- de dos franceses, uno de ellos empadronado en Cataluña
- de dos franceses empadronados aquí?

La aplicación del Reglamento 2016/1104 no afecta a la competencia de los notarios españoles para autorizar ese tipo de escritura: la cuestión sigue estando regida por el ordenamiento español en los mismos términos en que lo era antes de dicha aplicación (véase la respuesta a la pregunta 1). Si las parejas así constituidas se inscribieran en el registro de parejas estables de Cataluña, se



someterían en cuanto a sus efectos patrimoniales al Reglamento 2016/1104; de lo contrario no (véase la respuesta a la pregunta 18).

23. ¿Podría ese notario autorizar esa misma unión sujetándola al CCC?

Si el CCC lo permitiese sí. De nuevo, si esa unión se inscribiera en el registro de parejas estables de Cataluña se someterían en cuanto a sus efectos patrimoniales al Reglamento 2016/1104. De lo contrario no (véase la respuesta a la pregunta 18).

24. Supuesto que Grecia (UE) o Rusia (extra UE) no reconocen la unión homosexual, ¿podría un notario ejerciente en Cataluña autorizar “algún tipo de unión”, siquiera fuese a efectos fiscales? Distinguir según los miembros de la pareja sean o no residentes aquí.

Un notario ejerciente en Cataluña seguirá pudiendo autorizar una unión en esos casos en los mismos términos que antes de la aplicación del Reglamento 2016/1104, pues éste resulta ajeno a tal cuestión.

El Reglamento tampoco se pronuncia acerca del sexo de los miembros de la unión; esta cuestión dependerá de los ordenamientos de los Estados miembros (artículo 1.2.b) y considerando 17 del Reglamento). De modo que si antes de la aplicación de éste un notario ejerciente en

Cataluña podía autorizar una unión -entre personas del mismo o de distinto sexo- en esos casos, también podría hacerlo tras dicha aplicación; y si tal unión se inscribiera en el registro de parejas estables de Cataluña quedaría cubierta por el Reglamento 2016/1104 (ver respuesta a la pregunta 18). Otra cosa será que esa unión produzca efectos o no en Grecia o en Rusia; en el caso de Grecia (país cuyas autoridades aplican el Reglamento), éste consagra una cláusula de salvaguarda para impedir imponerle una determinada concepción nacional de la unión no admitida en aquél (considerandos 17 y 63).

25. Cuadro temporal para resolución de casos, tanto en matrimonio como en pareja: ¿debe el notario prescindir de ambos RUEs para los matrimonios/parejas anteriores al 29/01/19, salvo que deseen modificar la ley aplicable o pactar nuevos capítulos? ¿Quid de las parejas ya constituidas antes del 29-E-19 por dos nacionales extranjeros ante notario español?

Las normas sobre el ámbito de aplicación temporal de los Reglamentos de 2016 están previstas en su artículo 69. Conforme a lo previsto en este precepto, ambos instrumentos serán aplicables del siguiente modo.

a) Ejercicio de acciones judiciales (capítulo II), formalización o registro de documentos públicos y aprobación o celebración

de transacciones judiciales (capítulo V): los Reglamentos se aplicarán a los llevados a cabo a partir del 29 de enero de 2019. Todo ello aunque el matrimonio se hubiera celebrado o la unión se hubiera registrado antes de esa fecha.

b) Normas sobre determinación del Derecho aplicable (capítulo III): únicamente serán aplicables a los cónyuges o a los miembros de la unión registrada que hayan celebrado su matrimonio o registrado su unión el 29 de enero de 2019 ó después de esta fecha; o que, habiéndose celebrado o registrado antes de esta fecha, hubieran especificado la Ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio o de la unión el 29 de enero de 2019 o después. Por consiguiente, para los matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019 y para los que los cónyuges no hubieran elegido la Ley aplicable la determinación del Derecho aplicable seguirá llevándose a cabo por nuestras autoridades por las normas de conflicto españolas en la materia en defecto de instrumento supraestatal, que en el caso del matrimonio son las del artículo 9.2 y 3 del Código Civil. A diferencia del artículo 83 del Reglamento sucesorio europeo 650/2012, los Reglamentos de 2016 no incluyen normas de Derecho transitorio.

c) Disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones (capítulo IV): se aplicarán cuando se plantee el reconocimiento o la ejecución a partir del 29 de enero de 2019; también se aplicarán cuando la acción se haya ejercitado en el Estado miembro de origen antes del 29 de enero de 2019 siempre que las normas de competencia utilizadas hayan sido conformes a las previstas en el capítulo II.

26. Para acabar, tres casos reales de febrero de 2019 sobre ambos RUEs:

a) Matrimonio de ucraniano y vasca, residentes en Bilbao, comparecen ante notario de Sabadell para pactar el régimen de separación de bienes “del CC de Cataluña”. ¿Puede autorizarse esa escritura? ¿Quid si fueran solteros y quisieran constituirse en unión estable del CC Cataluña?

- La competencia del notario de Sabadell para autorizar esa escrituras o actas no se vería afectada por la aplicación de los Reglamentos, pues éstos no abordan tal cuestión.

- Los Reglamentos sí se aplicarían en cambio a la determinación del Derecho aplicable a ese matrimonio o a esa unión si se hubieran celebrado o registrado, respectivamente, el 29 de enero de 2019 ó después. Dicho Derecho sería concretado según lo dispuesto en el artículo 22 (elección de Ley) ó en el artículo 26 (en defecto de elección de Ley, véase la respuesta a la pregunta 3). El Derecho que resultase aplicable por una u otra vía indicaría si cabría o no el régimen de separación. De resultar aplicable el ordenamiento español al matrimonio en cuestión, no podría aplicarse el Derecho catalán por no preverlo el artículo 9.2 del Código Civil español (al que remitiría el artículo 16 del mismo Código, al que a su vez remitiría el 33.1 del Reglamento 2016/1103).

b) **Matrimonio de dos británicos residentes en Cataluña comparecen ante notario de Barcelona para pactar el régimen de gananciales "del CC español". ¿Quid si, en vez de cónyuges, fueran pareja? En su caso, ¿podrán pactar tanto el régimen de gananciales del CCE como el del CCC?**

- La elección de Ley aplicable en los Reglamentos de 2016 está prevista en su artículo 22 (estando los requisitos formales disciplinados en el artículo 23 y los substantivos del consentimiento y validez material en el 24).

- El artículo 22 del Reglamento 2016/1104 exige, como *conditio sine qua non* para su aplicación, que el Derecho elegido atribuya efectos patrimoniales a las uniones registradas, lo que en España dependería de lo establecido en las normativas autonómicas.

- A su vez, el artículo 22 establece un catálogo limitado de ordenamientos que elegir en sus letras a) a c). La primera de ellas les permitiría escoger el ordenamiento español por ser el del país de la residencia habitual de los cónyuges o miembros de la unión registrada en el momento del acuerdo de elección. La letra c) del artículo 22 del Reglamento 2016/1104 se refiere a la *lex registrii*, que podría ser la Ley española si la unión se hubiera inscrito en España.

- Al elegir como aplicable el Derecho español por una u otra vía, habría que distinguir entre el matrimonio y la unión registrada.

• En el caso de unión registrada el artículo 33.2.a) del Reglamento 2016/1104 implicaría la elección del Derecho catalán.



• En el caso del matrimonio la solución es más compleja: el artículo 33.1 del Reglamento 2016/1104 remitiría al artículo 16 del Código Civil y éste a su vez a su artículo 9.2; al ser el primer criterio de conexión la nacionalidad común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio (la británica), no podría ser elegido el Derecho catalán. Pero creo preferible otra interpretación: entendiendo que no se regula la posibilidad de elección de Ley en las normas sobre los conflictos interregionales, se aplicaría la misma solución que en el caso de una unión registrada: el artículo 33.2.a) del Reglamento 2016/1103 permitiría la elección del Derecho catalán.

- En todo caso la dificultad indicada se salvaría si las partes otorgaran capitulaciones matrimoniales concretando su régimen, lo que sí sería válido según el Derecho catalán conforme al artículo 9.3 del Código Civil; esta solución estaría ratificada por el artículo 25 de los Reglamentos de 2016, que establece los requisitos formales de este tipo de pacto.

c) **Dos nacionales rumanos conviven desde hace años en Cataluña en régimen de pareja; aquí han nacido sus dos hijos; no han firmado papel alguno. Él acaba de morir intestado en febrero de 2019. Ella, la madre de sus dos hijos, ¿tiene algún derecho sucesorio y, más en concreto, el usufructo**

universal de la herencia con arreglo al CC de Cataluña?

- Si una autoridad española estuviera conociendo de la sucesión conforme al Reglamento 650/2012, la competencia para la liquidación del régimen patrimonial de la pareja correspondería a esa misma autoridad (artículo 4 del Reglamento 2016/1104)⁽¹⁰⁾.

- No obstante, el supuesto de hecho indicado no estaría incluido en el ámbito de aplicación sustantivo de este último Reglamento pues la pareja no estaría inscrita en un registro público u oficial.

- Por consiguiente, la cuestión se resolvería desde un punto de vista puramente sucesorio⁽¹¹⁾. Conforme al artículo 21.1 del Reglamento 650/2012 debería ser aplicable el ordenamiento español por ser el país de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento. A su vez, por el juego combinado del artículo 36.1 del citado Reglamento así como de los artículos 16.1 y 9.8 del Código Civil español sería de aplicación finalmente el Código Civil catalán; y sería éste el que dispusiera qué derechos sucesorios corresponderían en un supuesto como el presente en favor de la madre de los hijos comunes, incluyendo, en su caso, el usufructo universal de la herencia.



NOTAS

- (1) El considerando 49 precisa que ha de tratarse de la residencia habitual común “inmediatamente” después del matrimonio, lo que contradice lo establecido en el artículo 26. En efecto, si tras la celebración de un matrimonio los cónyuges mantuviesen durante un tiempo su residencia habitual en Estados distintos (por ejemplo, por razones laborales), según el artículo 26 se aplicaría el ordenamiento del país de la primera residencia habitual que tuvieran en común tras casarse, aunque ésta no se concretara hasta meses después de la celebración del matrimonio; en cambio, si atendiésemos a lo dispuesto en el considerando 49 los cónyuges no tendrían residencia habitual común, por lo que habría que acudir al ordenamiento del Estado de su nacionalidad común y, en su defecto, al del país con el que tuvieran la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio. Se trata de una cuestión que tendrá que resolver en su momento el Tribunal de Justicia de la UE. Entretanto cabría entender, conforme a la redacción del considerando 49 en otras lenguas oficiales de la UE, que la residencia no tendría que ser “inmediatamente” posterior sino “poco después” de la celebración del matrimonio, con lo que se evitaría la contradicción referida al principio de esta nota. De esta manera, la autoridad española que estuviera conociendo de un asunto (un juez o un notario) tendría que concretar de manera flexible y lógica qué se debe entender por “poco después” para determinar el Derecho aplicable.
- (2) El precepto que venimos analizando hace referencia a la “autoridad judicial” en las diferentes lenguas oficiales. Una interpretación literal excluiría a los notarios en España de la aplicación del mismo.

Ahora bien, una interpretación lógica, finalista y sistemática nos lleva a sostener que este precepto lo deben aplicar tanto las autoridades judiciales *stricto sensu* del artículo 3.2 de los Reglamentos de 2016, como las autoridades no judiciales que estén sometidas al capítulo III de los Reglamentos (determinación del ordenamiento aplicable), cual es el caso de los notarios españoles (*supra*); de lo contrario se daría el absurdo, por ejemplo, de que un notario español aplicaría únicamente los apartados 1 y 2 del artículo 26 del Reglamento 2016/1103 para determinar el Derecho aplicable pero no el apartado 3, en tanto que un juez español aplicaría los tres apartados del artículo 26 a tal fin.

- (3) Se podría producir la paradoja de que un notario español fuera competente para conocer de un divorcio en aplicación del Reglamento 2201/2003 y que, conforme a los artículos 87 y 90 del Código Civil, liquidara asimismo el régimen matrimonial en el convenio regulador. Pues bien, el mismo documento público que expidiera circularía como “resolución judicial” en el marco del Reglamento 2201/2003 (capítulo III, artículos 21 y ss.) y como documento público sujeto a aceptación en otros Estados en el marco del Reglamento 2016/1103 (capítulo IV, artículos 58 y ss.).
- (4) Esta solución podría ser alterada caso de aplicarse la cláusula de excepción del artículo 26.3.
- (5) Frente a esta solución, que se ha venido a llamar en la doctrina “interpretación estática” de la remisión a un sistema plurilegislativo (en este caso el nuestro), ciertos autores se decantan por una “interpretación dinámica” que supondría aplicar internamente en nuestro territorio las normas del Reglamento 2016/1103. A favor de la primera tesis juegan dos argumentos: por una parte que, conforme a lo permitido por el artículo 35

del citado instrumento, España podría haber decidido aplicar las normas del Reglamento a nuestros conflictos internos de leyes, lo que no hay hecho; por otra parte que el Reino de España siempre mantuvo como criterio inderogable en las negociaciones de los Reglamentos de 2016 en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE el respeto de las normas internas sobre conflictos de leyes de los artículos 13 y ss. del Código Civil para salvaguardar las competencias sobre Derecho civil propio de ciertas Comunidades Autónomas (entre ellas Cataluña). En el Reglamento sucesorio europeo 650/2012 se ha planteado idéntica discusión y la DGRN la ha resuelto en favor de la interpretación estática en su Resolución de 10 de abril de 2017 (BOE nº 99, de 26 de abril de 2017).

- (6) Esta solución podría ser alterada caso de aplicarse la cláusula de excepción del artículo 26.3.
- (7) No obstante la pensión compensatoria se regularía por lo establecido en el Reglamento de la UE 4/2009, de 18 de diciembre de 2018.
- (8) Así resulta claramente de las versiones francesa, inglesa, alemana o italiana.
- (9) En este sentido se manifiesta el *Rapport explicatif de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 de la Commission Internationale de l'État Civil sur la reconnaissance des partenariats enregistrés*, Estrasburgo, 2007, p. 17.
- (10) Si conociera del asunto la autoridad rumana no aplicaría los Reglamentos de 2016 pues Rumanía no se ha incorporado a la cooperación reforzada a diferencia de España.
- (11) Esta tesis es la defendida por el Tribunal de Justicia de la UE en la interpretación llevada a cabo del artículo 23.2.b) del Reglamento 650/2012 en su sentencia en el asunto C-558/16, *Mahnkopf*, de 1 de marzo de 2018.

La conflictividad en las operaciones sobre el Capital Social: tutela del socio y algunos supuestos especiales ⁽¹⁾

Ricardo Cabanas Trejo
Notario de Fuenlabrada (Madrid)

La presente comunicación solo quiere llamar la atención sobre algunos supuestos conflictivos de aumento/reducción de capital, bastante reveladores de la confusión que a veces surge con estos temas, sin excluir que esa confusión también se busque en ocasiones con una finalidad táctica por las partes en conflicto, o sea la consecuencia de una aplicación poco depurada de los mecanismos legales. Empecemos recordando las funciones tradicionalmente asignadas al capital social:

1º Función de productividad: fondo patrimonial para la consecución del objeto social, integrado en su momento por las aportaciones que se hicieron con cargo al mismo.

2º Función de garantía: agregado monetario de esas mismas aportaciones, pero ahora como cifra permanente de contabilidad que constriñe las transferencias a los socios (cifra de retención), y en ocasiones fuerza la adopción de medidas de saneamiento, cuanto no liquidativas, en función de su cobertura patrimonial.

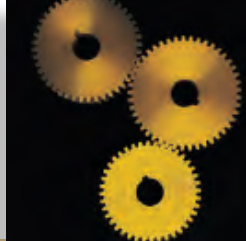
3º Función organizativa: pues la participación en el capital es el fundamento y la unidad de medida básica -junto a los posibles privilegios- de la posición del socio en la sociedad.



Cualquier operación de reducción/aumento activa esas tres funciones. Sin embargo, y aquí está el potencial conflicto, en ocasiones sólo interesa la función organizativa, sirviendo las otras como pretexto, de mera excusa, pues realmente se persigue una remodelación de la base personal de la sociedad mediante un nuevo reparto de los puestos de socios, cuando no la eliminación de algunos de ellos.

Unas veces se tratará de operaciones en el borde de la legalidad, proyectadas con

el designio claro de desembarazarse de un socio o de una minoría molesta, otras serán operaciones incentivadas por el legislador, como en el caso de la refinanciación, y no pocas veces responderán al supuesto inverso donde la sociedad desempeña -a su pesar- el papel de comprador de último recurso en provecho del socio que fuerza su salida de la sociedad. Con este trasfondo empiezo prestando atención a las reglas especiales de tutela.



El procedimiento de modificación estatutaria referido específicamente a la cifra de capital por razón de su aumento/reducción, ya supone una tutela reforzada del socio frente al procedimiento ordinario de adopción de acuerdos sociales, sobre todo en la vertiente informativa de la Junta General -JG- y de quórum/mayoría decisoria. Al margen de estas reglas de procedimiento, con carácter general la LSC aplica otras reglas especiales de tutela que vienen a matizar, y muchas veces a derogar el principio mayoritario. En ocasiones estas normas especiales resultan compatibles con el régimen propio del aumento/reducción, y simplemente se superponen al mismo, pero otras veces no es tan clara esa compatibilidad, generando una duda razonable sobre su posible aplicación combinada.

No creo que deba aplicarse sin más un principio demasiado simplista de máxima protección del socio, de modo que, ante cualquier atisbo de confluencia, se imponga automáticamente la norma que -a priori y de modo apodíctico- parece más protectora. Creo que se ha de discriminar por razón del bien jurídico protegido, mediante una cuidadosa identificación del supuesto de hecho preponderante, y en función de esa identificación seleccionar el mecanismo protector que corresponda, con dejación de los otros.

No creo que deba aplicarse sin más un principio demasiado simplista de máxima protección del socio, de modo que, ante cualquier atisbo de confluencia, se imponga automáticamente la norma que -a priori y de modo apodíctico- parece más protectora. Creo que se ha de discriminar por razón del bien jurídico protegido, mediante una cuidadosa identificación del supuesto de hecho preponderante, y en función de esa identificación seleccionar el mecanismo protector que corresponda, con dejación de los otros. Desde el punto de vista de la sociedad, una elección equivocada puede hacer inviable en la práctica la operación por una sobrecarga de requisitos, pero, también, desde la perspectiva del socio discrepante, el error puede condenar su pretensión al fracaso si

escoge el mecanismo equivocado. Me voy a centrar en dos de esos mecanismos especiales, que -creo- revelan bastante bien la problemática de esa identificación.

El primero de ellos incide en la configuración misma de la mayoría mediante el deber de abstención del socio afectado. Recordemos que la LSC ha optado por una intervención de tipo preventivo que directamente deja al socio sin la posibilidad de votar en determinadas situaciones de conflicto de interés. Cabe plantear entonces si una operación de aumento/reducción puede reconducirse, por razón de sus circunstancias, bien a la liberación de una obligación, bien a la concesión de un derecho, de modo que se impida al socio afectado ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones/participaciones.

Con carácter más general estoy por la interpretación minimalista del precepto, en el sentido de que ha de existir siempre una conexión directa de la obligación/derecho con el estatuto del socio. Así concebidos realmente no son muchos y normalmente se entremezclan, además, con otros mecanismos de tutela que pueden hacer necesaria la intervención por una vía distinta del mismo socio forzado a la abstención. Por ejemplo, si al socio se le libera de la obligación de realizar una prestación accesoria no votará el acuerdo de la JG, pero su consentimiento individual como obligado será imprescindible, pero será imprescindible para que él se vea afectado, y quizá la abstención previa haya sido esencial para la obtención o no del acuerdo mayoritario. Se trata, por tanto, estrictamente de obligaciones y derechos sociales. Por eso el catálogo realmente no es muy amplio. Las obligaciones se refieren básicamente a la aportación social, con poco margen en la SRL al exigirse el desembolso íntegro.

Pero ahora me interesa más otra restricción que estimo aplicable, y es que no creo que proceda el deber de abstención cuando se trate de una operación societaria típica dotada de su propio régimen jurídico, como es el caso de las operaciones de aumento/reducción. Así, por ejemplo, en el caso de una SA donde haya acciones con desembolsos pendientes, un pretendido acuerdo de liberación de esa obligación constituye en realidad una reducción de capital por condonación de dividendos pasivos sujeta a sus propias reglas. Lo mismo un aumento de capital con aportación no



dineraria -o compensación de un crédito- por parte de un socio, aunque en el caso quedara excluido el derecho de preferencia. Cuestión distinta es que estas reformas sujetas a "sospecha" por razón del interés particular del socio, transiten después por la vía de la impugnación del acuerdo de la JG, impugnación que también puede tener lugar por abuso de la mayoría en perjuicio de la minoría, aunque no haya propiamente daño al patrimonio social.

Pero se ha de matizar. No se activará en la operación aumento/reducción y por la mera condición de socio, ni siquiera cuando estemos ante un socio/administrador que asume las nuevas participaciones compensando -por ejemplo- un crédito que tiene contra la sociedad, pues el aumento como tal no constituye propiamente una transacción con la sociedad sujeta a dispensa. Cuestión distinta habrá sido la generación de ese crédito compensable, que muy probablemente descansará en una transacción previa del administrador con la sociedad que representa, y como tal sujeta -ahora sí- a dispensa. En ausencia de esa dispensa el aumento podrá ser impugnado, pero no por infringir el deber de abstención, sino por la posible invalidez de la aportación comprometida.

Por rebuscar un poco más el ejemplo, imaginemos una SRL donde los estatutos hubieran eliminado la segunda vuelta, de modo que pueden quedar participaciones vacantes después de que -sólo- algunos socios hubieran hecho uso de su derecho de preferencia. Con la LSC en la mano las



participaciones vacantes podrían adjudicarse a personas extrañas a la sociedad ¿y al administrador/socio? Aquí ya estamos hablando de algo que va un poco más allá de la operatoria típica del aumento, pues se trata de una oferta que involucra al administrador como representante social, y para la auto-oferta sí creo necesaria la dispensa expresa, y entonces con deber de abstención, pero lo será por esa oferta especial, no propiamente por razón del aumento. Admito que son distinciones muy de matiz, pero necesarias para una aplicación ordenada de las distintas normas que pueden verse implicadas.

El segundo mecanismo que me ocupa aún revela con mayor intensidad esa necesidad. Es un mecanismo que permite eludir los efectos del acuerdo mayoritario. Unas veces haciéndolo imposible, como ocurre con la exigencia de unanimidad, en el caso de aumento efectivo del capital por elevación del valor nominal de las acciones/participaciones. Otras veces por medio del consentimiento individual, donde, a diferencia del supuesto anterior, el acuerdo es posible por mayoría, pero el socio queda fuera de sus efectos si no lo acepta, aunque subsista para los demás. El precepto casi se limita a la imposición de nuevas aportaciones económicas suplementarias sin amparo estatutario, pero la ley tolera en cambio mecanismos indirectos de presión sobre los socios en contra de su voluntad. El ejemplo más claro la operación acordeón con reducción a cero, o una reducción de capital mediante agrupación respecto de los so-

cios que no tengan la unidad de canje. Pero la delimitación del supuesto de hecho del consentimiento individual en la SRL del art. 292 LSC es un tema complejo, en el que admito sostener una posición heterodoxa, que no se corresponde con la DGRN.

En mi opinión, sobre la base de distinguir entre derechos de carácter común y derechos de carácter especial, la tutela de la diferencia se articula en la SA a través del mecanismo de la votación separada en la clase respectiva, por eso su forma de tutela es colectiva. Por el contrario, en la SRL esas diferencias conforman la noción misma de derecho individual, y por ello sería aplicable cada vez que esos derechos se vieran afectados por una modificación estatutaria. El socio no queda sometido a un segundo acuerdo de la mayoría en el ámbito de la clase o categoría supuestamente afectada. Dando por supuesto que la diversidad tanto puede ser previa al acuerdo, como ser consecuencia del mismo, igual que puede referirse al socio privilegiado, como al ordinario, que no está obligado a soportar un empeoramiento de su posición. Por consiguiente, cuando no podamos hablar de derecho "individual" en el sentido indicado porque la modificación estatutaria afecta -sobre el papel - a todos los socios por igual, es decir, allí donde las posiciones de los socios son -formalmente- idénticas, la regla ha de ser la de la mayoría, sin perjuicio de la eventual impugnación del acuerdo. Entiéndase, sin perjuicio de que entre en juego otra norma más específica (aumento efectivo por elevación del valor nominal), o

que se trate de un derecho inderogable por razón de la naturaleza y finalidad del mismo derecho, en cuyo caso también sería necesario el consentimiento del socio, pero sin fundamento en el art. 292 LSC (pensemos, por ejemplo, en la atribución estatutaria a determinados socios del derecho a recibir en bienes su cuota de liquidación, que afecta a un derecho de ese tipo deducible del conjunto de la regulación legal, también en la SA, donde falta un precepto equivalente).

Pero esta interpretación debe superar su prueba de resistencia cuando la desigualdad se origina, no por la conversión de algunas de las participaciones preexistentes, sino por la creación de nuevas participaciones desiguales con ocasión de un aumento de capital, pues entonces la modificación afecta por igual a todos los socios. No habría inconveniente en mantener la misma argumentación, pues, aunque impacte por igual en todos ellos, la finalidad del acuerdo es precisamente poner fin a dicha igualdad. Desde el punto de vista del socio que comparativamente rebaja su posición, mucha diferencia no hay entre hacerlo porque algunas participaciones antiguas se convierten en privilegiadas, o porque se crean otras nuevas como privilegiadas, quedando todas las antiguas como ordinarias.

A pesar de ello, no veo la necesidad de una protección especial del socio en estos casos, claramente cuando opere el derecho de preferencia en el aumento de capital, pero en otro caso tampoco, pues la tutela habría de ser sólo reactiva mediante la impugnación del acuerdo, correspondiendo a la sociedad la prueba de que el interés social exigía la exclusión de ese derecho, o en concreto esa modalidad de aumento donde no concurra la preferencia por razón de la contrapartida. En estos casos la posición de socio viene perjudicada por el hecho mismo del aumento y por la falta del derecho de preferencia, aunque resulte agravada por la eventual desigualdad que se quiera implantar, pero la tutela ha de ser la propia de la operación base.

En este sentido la resolución de 24/01/2018 ofrece un interesante ejemplo. En el caso se rompía claramente la igualdad entre los socios al crear en un aumento de capital una nueva categoría de participaciones privilegiadas por razón del dividendo, pero el privilegio aparece vinculado a una prohibición de concurrencia con la sociedad configurada como prestación accesorias

de no hacer. En su calificación el RM presta más atención al carácter privilegiado de las nuevas participaciones que a la prestación accesoría comprometida, y fiel a la doctrina de la DGRN en la materia considera aplicable el art. 292 LSC por verse afectado un derecho individual del socio, criterio que confirma la resolución de la DGRN, añadiendo que *"nada cambia por el hecho de que ese dividendo privilegiado sea... el modo de retribuir las prestaciones accesorias"*. Pero dudo que aquí fuera aplicable dicho precepto, precisamente por la existencia de reglas especiales en materia de prestaciones accesorias, reglas que en este caso tutelarían al socio disidente por la vía de un derecho de separación, que no consta estuviera excluido en los estatutos sociales. Pero en este caso, había una razón adicional para excluir la observancia del art. 292 LSC, y es que se trataba de un aumento de capital donde operaba el derecho de preferencia. Por tanto, sobre el papel, la medida afectaba a todos los socios por igual.

La conclusión general que simplemente apunto es que el sistema de protección del socio se despliega en una pluralidad de mecanismos cuyos respectivos supuestos de hecho se deben articular de forma precisa. Es evidente que, si debe operar el deber de abstención o la exigencia de consentimiento individual/colectivo, al socio le resultará muy fácil atacar el acuerdo, o conseguir la inmunidad frente al mismo. En otro caso el mecanismo impugnatorio por razón del *"abuso de la mayoría"* exige un esfuerzo probatorio muy superior, sobre todo porque habrá de volcarse en aquellas circunstancias de hecho que lo hagan visible, con mayor dificultad aún si es necesario acreditar el daño resarcible. Pero en la sociedad la regla sigue siendo el principio mayoritario, y eso exige compartimentar los diferentes sistemas, trazando líneas claras de demarcación que eviten interferencias. Del mismo modo, tampoco cabe desconocer hasta dónde llega la competencia de la JG, pues sus acuerdos obligan a los socios en su condición de tales, nunca como terceros. El ejemplo más claro es un aumento de capital por compensación de créditos de los socios, pues el socio acreedor que no quiera acudir al mismo, no puede ser obligado como acreedor a convertir su crédito en acciones/participaciones, pues el deudor -la sociedad- no puede cambiar unilateralmente los términos en los que deba hacerse el pago. Realmente, es una obviedad, pero sorprende que algunos sientan la necesidad de justificar la exigencia del consentimiento del acreedor desde un pretendido "derecho in-

dividual" como socio, cuando no deja de ser una cuestión de Derecho contractual, para nada del societario.

Entrando ya en operaciones concretas, aludo brevemente a algunas de ellas. Empiezo por la operación acordeón, también conocida como aumento/reducción simultáneos. Adviértase que la simultaneidad sólo cabe en el proceso decisorio, en el sentido de una misma junta, con antecedente en la misma convocatoria y votaciones consecutivas. Pero la incidencia de ambas sobre el capital ha de ir pautada. Se incrementa precisamente la misma cifra que antes se ha rebajado. Si nos limitáramos a esto, realmente nada nuevo diría una disposición legal que contempla la posibilidad de aumentar y reducir el capital simultáneamente. Es claro que esto se puede hacer, como también la operación simétricamente inversa consistente en aumentar y reducir el capital, en el otro orden. En principio cada operación arrastra la aplicación del régimen jurídico que le resulta propio, sin perjuicio de que algunas de sus fases queden fundidas en una sola.

Pero la conjunción de ambas arroja algo diferente que la pura suma de sus requisitos aislados. En particular, ha servido a la DGRN para simplificar el procedimiento en contemplación -sobre todo- del resultado final. Así, cuando la reducción del capital es por pérdidas, y dando por supuesto que el consentimiento sea unánime, la DGRN permite prescindir de la verificación contable siempre que el capital, después del aumento, igual o supere la cifra inicial. Por el contrario, cuando falte esa unanimidad, los requisitos de la operación se incrementan, así, respecto de la convocatoria, no basta con una genérica alusión a la reducción/aumento, y es necesario destacar que la primera será a cero, por el riesgo de expulsión del socio que no acude al aumento.

No menos problemática resulta la necesidad de respetar en todo caso el derecho de suscripción/asunción preferente, que en los casos donde opera una exclusión legal por razón de la aportación ha llevado a la DGRN a exigir un aumento por tramos o mixto, en el que los socios que no pudieran acudir, por la naturaleza de la aportación, al segundo tramo, sí puedan hacerlo en el primer tramo con aportación dineraria.

Por último, quizá lo más relevante es el recíproco condicionamiento de la operación como un todo unitario, por la expresa disposición legal que condiciona la eficacia del



acuerdo reductor por debajo del mínimo legal -no sólo a cero- a la ejecución del incremento. Pero éste, que es el sistema legalmente diseñado cuando la reducción supere el umbral del capital mínimo, también puede ser el mecanismo previsto por la misma sociedad al tiempo de tomar el doble -o unitario- acuerdo. Nada obsta a que voluntariamente el acuerdo condicione la eficacia de la reducción a la ejecución del aumento, aunque en realidad debería ser ejecución ya definitiva con la inscripción, lo que obliga -además- al asentamiento registral conjunto de ambas medidas, para evitar la inscripción autónoma de una reducción de capital aligerada de garantías, ya que ésta necesariamente se vería afectada por una hipotética revocación posterior del aumento condicionante.

En cualquier caso, no hay restricción en las opciones combinatorias de las diferentes clases disponibles de reducción y de aumento. Tanto una como otra medida podrán ser de las que se conocen como efectivas, o de las identificadas como contables. La cuestión -simplemente- es que habrán de cumplir respectivamente con los presupuestos y requisitos que son inherentes a cada una de ellas, sin perjuicio de las singularidades -sólo- de procedimiento antes indicadas. Cuestión distinta es que el tipo de frecuencia de la operación aparezca vinculado a una modalidad específica de saneamiento financiero de la sociedad, en el que la fase previa de la reducción lo es para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio lastrado por pérdidas, y la segunda fase se hace mediante un aumento con aportaciones

exteriores. En cualquier caso, así será para facilitar la colocación del posterior aumento, pero ninguna norma obliga, sólo por razón del aumento proyectado, a tener que reducir previamente el capital por pérdidas.

Lo anterior enlaza con los dos siguientes supuestos singulares a los que me quiero referir, el primero de ellos referido a la refinanciación. En este sentido, con ocasión de las sucesivas reformas de nuestra legislación concursal se viene incentivando la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir/superar la situación de insolvencia, como a flexibilizar la solución convenida en caso de concurso, y en este contexto destaca la capitalización como medida de saneamiento financiero. Este expreso reconocimiento en la normativa de «*la conversión de la deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora*» se ha producido de forma gradual en nuestro ordenamiento. Así, prevista ya en su redacción inicial como contenido alternativo a la quita o a la espera del convenio concursal, el legislador le dio entrada en el año 2014 en el ámbito del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente. Posteriormente, esta contemplación en la LC de la capitalización de créditos se ha completado en 2015 con su reconocimiento en el marco del acuerdo extrajudicial de pagos.

A diferencia de otros sistemas, como el alemán, nuestra ley ha respetado la regla general en materia societaria sobre competencia de la JG, aunque rebajando la mayoría necesaria para adoptarlo. Pero sobre los socios se ejerce cierta presión indirecta para que accedan a la capitalización y vean así disminuida su participación en el capital social, pues no hay derecho de asunción/suscripción preferente al no ser aportación dineraria. Para ello se ha incorporado al art. 165 LC un nuevo supuesto de presunción de dolo o culpa grave en la calificación pensado para los socios, se les ha incluido -además- como posibles personas afectadas, y se les menciona expresamente como destinatarios de la condena por la responsabilidad concursal. El hecho base de la presunción consiste en la negativa a la capitalización sin causa razonable que frustre la consecución del AR. Curiosamente, la presunción de “culpabilidad” se vincula a otra de “razonabilidad”, pues se presumirá a estos efectos que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el art. 71.bis.4 LC.

Cabe plantear si la norma se refiere a la capitalización estricta, es decir, sólo al aumento del capital, o sería extensiva a una operación más compleja de reducción por pérdidas y aumento simultáneo, cuando el aumento no tenga lugar, porque previamente el acuerdo social ha sido contrario a la reducción, haciendo inviable la segunda medida sobre el capital por exigencias de tracto. Adviértase que las mayorías son distintas, pues no hay razón para llevar la unidad de la figura al extremo de rebajar las mayorías para la reducción. Esta reducción presenta así cierta autonomía y al tener carácter previo puede generar esta duda sobre la existencia de un acuerdo de JG que propiamente rechace el aumento, con efectos sobre la calificación concursal. Por otro lado, nada se dice sobre las condiciones del aumento, sobre todo por la existencia de otras alternativas distintas que sea igualmente razonables. Pensemos en el nominal del aumento, el tipo de emisión, o en la posibilidad de modular los derechos de las nuevas acciones/participaciones (en el caso de SRL, incluso, derechos políticos). Esto atribuye un extraordinario poder a los administradores en la negociación con los acreedores, sobre todo porque les deja fuera de la presunción cuando hayan recomendado la conversión.

A diferencia de otros sistemas, como el alemán, nuestra ley ha respetado la regla general en materia societaria sobre competencia de la JG, aunque rebajando la mayoría necesaria para adoptarlo.

El otro supuesto es la disolución por pérdidas y sus alternativas. Destacar únicamente que las mayorías legales/estatutarias son aplicables a la reducción/aumento, aunque la finalidad sea evitar la disolución por pérdidas, sin que se aplique la rebaja de mayoría/quórum prevista, en cambio, para el acuerdo de disolución, ya que la operación sobre el capital no se adopta por imperativo legal.

Cambiando de perspectiva, muy brevemente sobre la aportación de rama de actividad señalar que el problema es su admisibilidad mediante un aumento del capital social cumpliendo los requisitos establecidos para esta modificación estatutaria y sin que se produzca el efecto de sucesión universal propio de la variante similar de modificación estructural conocida como segregación. La

respuesta fue rotundamente afirmativa en la Res. de 22/07/2016, al entender que conserva sustantividad propia por las diferencias estructurales existentes entre la misma y la escisión/segregación. La posición de los socios de la sociedad adquirente queda suficientemente garantizada con la aplicación de las normas propias de los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias. En la sociedad aportante la posición de los socios podría quedar comprometida en caso de que la unidad económica aportada tenga el carácter de activo esencial, motivo por el cual será necesario el acuerdo de la junta.

Para concluir termino con una anécdota que pone de manifiesto cuán difícil resulta en ocasiones catalogar los supuestos, o con qué habilidad se desempeñan algunos socios, que pretenden convertir la amortización/reducción en un instrumento distinto de compra forzosa de sus acciones/participaciones a cargo de la sociedad, y se refiere a la SJM Madrid [7] de 16/05/2018. En el caso se trataba de una prestación accesorias consistente en la prestación de servicios retribuidos, de carácter laboral o mercantil, a la sociedad. El socio decide voluntariamente dejar de prestar esos servicios laborales y, por tanto, deja de cumplir con la prestación accesorias. Curiosamente, es el mismo socio quien pone en marcha el procedimiento de exclusión previsto en los estatutos, que incluía un pronunciamiento de JG, al objeto de conseguir la amortización de sus participaciones, con la consiguiente reducción del capital social. Como la JG rechaza la exclusión (el socio tuvo que abstenerse, por mucho que estuviera deseando votar a favor de su expulsión), es el propio socio el que impugna el acuerdo negativo de la JG con el propósito de que sea el juez quien decida la expulsión. Con buen criterio la sentencia distingue entre separación y exclusión, y rechaza la pretensión. En el caso la separación hubiera requerido una modificación/extinción de la prestación accesorias, y como el socio muy probablemente habría tenido que votar a favor del acuerdo, no habría disfrutado entonces del derecho de separación. Las cosas no siempre son lo que parecen, ni parecen lo que son.

NOTA

(1) Texto de la comunicación presentada por el autor en la mesa redonda sobre “Aumento y reducción del capital social” en el V Congreso Nacional de Derecho de Sociedades, celebrado en Madrid el 08/03/2019.

Sentencias del Tribunal Supremo

Fecha desde enero a julio de 2019

Redacción Lefebvre-El Derecho

NOTARIOS

Legitimación de notario para impugnar DGRN

Ref EDE 2019/523942, STS Sala 1ª de 13 marzo 2019, rec. 1232/2016. Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

RESUMEN: Calificación negativa de inscripción. Legitimación de notario. La Sala del TS entiende que el notario no ha justificado su legitimación para impugnar la resolución de la DGRN. La afectación de la resolución objeto de impugnación al prestigio del notario no justifica su legitimación para impugnarla y tampoco el riesgo abstracto de responsabilidad del notario frente a sus clientes. Es necesario que se muestre un riesgo concreto de que se haga valer esa acción de responsabilidad contra el notario, de lo que no queda constancia en nuestro caso (FJ 2).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó la demanda interpuesta por el notario y anuló la resolución de la DGRN, la AP desestimó el recurso de apelación y confirmó la anulación, el TS estima el recurso de casación interpuesto por la DGRN porque el notario demandante no ha justificado su legitimación para impugnar la resolución.

CONSUMIDORES Y USUARIOS

Cláusulas abusivas respecto a gastos asociados a préstamo hipotecario

Ref EDE 2019/501277, STS Sala 1ª Pleno de 23 enero 2019, rec. 5298/2017. Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Cláusulas abusivas respecto a gastos asociados a préstamo hipotecario. Fija doctrina. El Pleno de la Sala Primera del TS fija doctrina sobre cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Respecto a los efectos de la nulidad de la cláusula que atribuye al prestamista la totalidad de los gastos e impuestos, señala que son pagos que han de hacerse a terceros -notario, registrador de la propiedad- como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. El pago de esas

cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato (FJ 4).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó la demanda del prestatario contra la entidad bancaria prestamista en la que solicitaban la nulidad de una cláusula por abusiva y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por su aplicación. La AP estimó en parte el recurso del banco y declaró la nulidad parcial y la recuperación del total de los gastos del registro de la propiedad y el 50% de los gastos de gestoría, con IVA. El TS, manteniendo la calificación de abusiva para la cláusula, distribuyó de otra forma los gastos derivados del préstamo hipotecario, al señalar que la declaración de abusividad no puede conllevar que terceros, como notario, registrador de la propiedad dejen de percibir lo que por ley les corresponde, debiendo ser pagadas por la parte a la que correspondiera según la normativa al firmarse el contrato.

Desahucios por impago de tres cuotas

Ref EDE 2019/9671, STUE de 26 marzo 2019, C-70/2017 y C-179/17

RESUMEN: Avalados por el Tribunal Europeo los desahucios por impago de tres cuotas si es la opción más ventajosa. El TJUE considera que las cláusulas de vencimiento anticipado presentes en miles de hipotecas y que han permitido a la banca iniciar miles de procedimientos ante un solo impago, deben ser anuladas por abusivas. Sin embargo, avala que los jueces pongan remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, con un límite máximo de tres impagos para poder iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria (FJ 48-64).

ITER PROCESAL: Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular de sus artículos 6 y 7. Estas peticiones se presentan en el contexto de litigios entre particulares y entidades bancarias. El TJUE avala que los jueces pongan remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por una nueva redacción, requiriéndose tres impagos para poder iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Anulación de sanción a compañías telefónicas por abuso de posición dominante

Ref EDE 2018/698705, STS Sala 3ª de 21 diciembre 2018, rec. 5720/2017. Ponente: D. Angel Ramón Arozamena Laso

RESUMEN: Anulación de sanción a compañías telefónicas por abuso de posición dominante. Fija doctrina jurisprudencial. El TS confirma la anulación de la sanción de 120 millones de euros que impuso Competencia a tres compañías telefónicas por abuso de posición de dominio. Aprecia incoherencias y un déficit de motivación para delimitar los mercados y la posición de dominio individual de las empresas sancionadas que le lleva a anular la resolución sancionadora impugnada. Fija como doctrina jurisprudencial que el control judicial de apreciaciones económicas complejas realizadas por el ente regulador puede extenderse, no solo a la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también a la pertinencia de los datos y su adecuación para sostener las conclusiones alcanzadas, pudiendo anular la decisión del organismo regulador (FJ 3 y 4).

ITER PROCESAL: La AN estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por mercantiles de telefonía y anula la sanción impuesta a las mismas por abuso de posición dominante. El TS desestima el recurso de casación y confirma la anulación de la sanción al apreciar incoherencias y déficit de motivación para delimitar los mercados y la posición de dominio individual de las empresas sancionadas.

Deber de transparencia e información de las entidades en planes de pensiones de "renta asegurada"

Ref EDE 2019/501433, STS Sala 1ª Pleno de 22 enero 2019, rec. 470/2016. Ponente: Dª Mª de los Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Plan de pensiones de "renta asegurada". Deber de transparencia e información de las entidades. El Pleno de la Sala Primera del TS señala que las entidades de planes de pensiones tienen deberes de transparencia e información acerca de los riesgos de las distintas modalidades del cobro de la prestación una vez producida la jubilación. La entidad debe informar de manera expresa y con claridad del riesgo que entraña esta modalidad de renta asegurada en caso de fallecimiento del beneficiario y de la persona a favor de la que se haya establecido la reversibilidad de los derechos antes del plazo fijado (FJ 3).

ITER PROCESAL: El juzgado estima la demanda interpuesta contra una entidad de crédito y una entidad gestora de planes y fondos de pensiones, y reconoce el derecho de las demandantes a ser beneficiadas por partes iguales de las rentas correspondientes a los planes de pensiones. La AP estima el recurso de apelación y deja sin efecto la sentencia recurrida, absolviendo a las entidades. El TS estima el recurso de casación y deja sin efecto la sentencia recurrida señalando el deber de transparencia e información de las entidades.

SUCESIONES

Derechos hereditarios de menor adoptado respecto a la herencia de padre biológico

Ref EDE 2019/574934, STS Sala 1ª de 10 mayo 2019, rec. 3673/2016. Ponente: Dª Mª de los Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Derechos hereditarios de menor adoptado respecto a la herencia de padre biológico. El TS establece que un menor tiene

derecho a la herencia, aunque después sea adoptado. Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y es entonces cuando el heredero, hijo biológico del fallecido, debe cumplir los requisitos para recibir la herencia, por lo que la adopción de un menor por otra familia antes de que ésta se reparta no anula este derecho (FJ 2).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó la demanda y declaró que el menor es hijo biológico y heredero del causante. La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por los demás herederos y confirma la condena. El TS desestima el recurso de casación y señala que la adopción de un menor por otra familia antes de que se reparta la herencia no anula este derecho.

Maltrato psicológico como causa de desheredación

Ref EDE 2019/578107, STS Sala 1ª de 13 mayo 2019, rec. 466/2016. Ponente: D. Francisco Javier Orduña Moreno

RESUMEN: Maltrato psicológico como causa de desheredación. El TS reafirma el maltrato psicológico como una justa causa de desheredación. La jurisprudencia de esta Sala lo configura como una injustificada actuación del heredero que deteriora o menoscaba la salud mental del testador o testadora, entendiéndose comprendida dentro del maltrato de obra del art. 853,2 CC al realizar una interpretación flexible de la norma (FJ 3).

ITER PROCESAL: El juzgado desestimó la demanda en la que se solicitaba se declarase la nulidad de la cláusula de desheredación contenida en el testamento. La AP desestimó el recurso de apelación del desheredado y el TS desestima el recurso de casación al señalar que el maltrato psicológico es una justa causa de desheredación.

TRIBUTOS

Impuesto de actos jurídicos documentados

Ref EDE 2019/522770, STS Sala 3ª de 13 marzo 2019, rec. 6694/2017. Ponente: D. José Antonio Montero Fernández

RESUMEN: Escritura de modificaciones de préstamo hipotecario. Fija criterio. El TS ha fijado el criterio sobre la aplicación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados en escrituras públicas que documentan novación modificativa de un préstamo hipotecario. Además de cláusulas que afecten al tipo de interés o al plazo, se incluyen otras cláusulas financieras, sin que afecte a la responsabilidad hipotecaria (FJ 4).

ITER PROCESAL: El TSJ estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una comunidad autónoma, contra la resolución del TEAR que declara contraria a derecho y anula. El TS estima el recurso de casación y fija criterio interpretativo sobre la aplicación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados en escrituras públicas que documentan novación modificativa de un préstamo hipotecario.

Impuesto sobre sucesiones y donaciones en Cataluña

Ref EDE 2019/552033, STS Sala 3ª de 3 abril 2019, rec. 2203/2017. Ponente: D. José Díaz Delgado

RESUMEN: Base imponible del impuesto sobre sucesiones y donaciones en Cataluña. Fija criterio interpretativo. El TS, fijando criterio interpretativo, establece que en el ejercicio de sus competencias nor-



mativas en relación con la reducción del 95% en la base imponible del impuesto sobre sucesiones y donaciones, la comunidad autónoma de Cataluña puede, manteniendo esta reducción, introducir condiciones que comporten una restricción subjetiva del beneficio fiscal, de modo que solo puedan disfrutarlo el adjudicatario o los adjudicatarios efectivos de los bienes según la partición (FJ 2-4).

ITER PROCESAL: El TSJ desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC, por la que se desestimó a su vez el recurso de alzada interpuesto contra resolución del TEAR de Cataluña, que desestimó las reclamaciones económico-administrativas interpuestas por los herederos en relación con los acuerdos liquidatorios. El TS desestima el recurso de casación y señala que, en relación con la reducción sobre el Impuesto sobre sucesiones y donaciones, la comunidad autónoma de Cataluña puede, manteniendo esa reducción, introducir condiciones que comporten una restricción subjetiva del beneficio fiscal.

Impuesto de sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana

Ref EDE 2019/544508, STC Pleno de 27 marzo 2019, rec. 1319/2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

RESUMEN: Inconstitucionalidad del precepto de la Ley Foral de Navarra que ordenaba el archivo de los procesos contra liquidaciones del impuesto de plusvalía. El Pleno del TC declara inconstitucional y nulo un precepto de la Ley Foral de Navarra que ordenaba el archivo de los procesos contra liquidaciones del impuesto de plusvalía. Es contrario al reparto de competencias al invadir la atribuida exclusivamente al Estado en materia de legislación procesal y al no concurrir el supuesto de excepción que permite dictarla a la comunidad autónoma (FJ 5 y 6).

ITER PROCESAL: Planteada una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado cuatro de la disposición transitoria única de la Ley Foral 19/2017, de 27 de diciembre por la que se modificó la Ley Foral 2/1995 de 10 de marzo de Haciendas Locales de Navarra, el TC lo declara nulo al invadir competencias de legislación procesal atribuidas exclusivamente al Estado.

DERECHO DE FAMILIA

Extinción pensión alimentos por falta de relación con el padre

Ref EDE 2019/512289, STS Sala 1ª de 19 febrero 2019, rec. 1434/2018. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz

RESUMEN: Extinción de pensión alimenticia por falta de relación con el padre. Solo cabe si ésta es imputable exclusivamente a los hijos. El TS señala que no puede extinguirse la pensión alimenticia de los hijos mayores por falta de relación con el padre, cuando esa falta de relación no solo es imputable a ellos, sino también al padre por su falta de habilidades para hacer posible esa relación (FJ 3 y 4).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó la demanda del padre y dejó extinguida la pensión de alimentos por falta de relación de los hijos con el padre. La AP desestimó el recurso de apelación confirmando la sentencia recurrida. El TS estimó el recurso de casación de la madre al señalar que no puede extinguirse la pensión alimenticia de los hijos mayores por falta de relación con el padre, cuando esa falta de relación no solo es imputable a ellos.

Régimen de visitas reconocido a padre no biológico

Ref EDE 2019/515401, STS Sala 1ª de 1 marzo 2019, rec. 1669/2018. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz

RESUMEN: Régimen de visitas reconocido a padre no biológico. El TS confirma el reconocimiento de un régimen de visitas entre el menor y el padre no biológico del mismo. La falta de filiación biológica no puede impedir o ser un obstáculo para poder seguir manteniendo una amplia relación y contacto, dado que esa relación forma parte o se integra, sin duda alguna, en el concepto de persona allegada (FJ 1 y 2).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó la demanda de la madre solicitando la modificación de medidas y extingue la pensión de alimentos y el régimen de visitas entre un menor y su padre no biológico. La AP estima el recurso de apelación interpuesto por el padre no biológico y revoca la resolución anterior. El TS desestima el recurso de casación y confirma el reconocimiento del régimen de visitas.

Pensión compensatoria: valoración del desequilibrio económico

Ref EDE 2019/515394, STS Sala 1ª de 26 febrero 2019, rec. 2710/2018. Ponente: Dª Mª de los Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Pensión compensatoria: valoración del desequilibrio económico. El TS declara que para la valoración del desequilibrio económico no puede prescindirse del periodo anterior, desde la celebración del primer matrimonio, cuando el cese de la convivencia dura pocos meses. Para el establecimiento de la pensión como para su cuantía deben ponderarse las circunstancias del art. 97 CC (FJ 3).

ITER PROCESAL: El juzgado declaró la disolución del matrimonio y estableció, entre otras medidas, una pensión compensatoria para la esposa. La AP reduce la pensión compensatoria sin dar razones para ello. El TS estima los recursos de casación por infracción procesal y casación, y confirma la pensión compensatoria establecida en primera instancia.

Custodia compartida. Uso de la vivienda familiar

Ref EDE 2019/564270, STS Sala 1ª de 5 abril 2019, rec. 3683/2018. Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Interés del menor en relación con la custodia compartida. Uso de la vivienda familiar. El TS declara que la custodia compartida debe ser el régimen normal y deseable, debiendo adoptarse cuando beneficie al interés del menor y así lo aconseje el informe psicosocial. Debe denegarse el uso de la vivienda familiar a ambos progenitores cuando no sea compatible con su capacidad económica y el buen mantenimiento de la vivienda común pueda ser causa de conflictividad (FJ 4 y 5).

ITER PROCESAL: El juzgado estima la demanda de modificación de medidas y establece la custodia compartida del menor por ambos progenitores. La AP estima el recurso de apelación y declara no haber lugar a la modificación, debiendo volverse a la custodia materna. El TS estima en parte el recurso de casación y establece la custodia compartida, denegando el uso de la vivienda familiar por ambos progenitores.

Familias numerosas de carácter especial: renovación de título

Ref EDE 2019/537855, STS Sala 3ª de 25 marzo 2019, rec. 286/2016. Ponente: D. segundo Menéndez Pérez

RESUMEN: Familias numerosas de carácter especial: renovación de título. Fija criterio interpretativo. El TS ha establecido que las familias numerosas de carácter especial mantienen tanto el título como la categoría mientras al menos uno de los hijos cumpla las condiciones de edad, convivencia y dependencia de los padres que exige la ley. Así no se produce una discriminación de los hermanos menores que permitieron el acceso al título de familia numerosa. En estos supuestos la vigencia del título se entenderá únicamente respecto de los miembros de la unidad familiar que sigan cumpliendo las condiciones y no será aplicable a los hijos que no las cumplan (FJ 5 y 6).

ITER PROCESAL: El juzgado de lo contencioso estimó el recurso frente a la resolución de la Consejera de Igualdad y Políticas Sociales por la que se desestima el recurso de alzada frente a la resolución de la Delegación Territorial relativa a la renovación del título de familia numerosa. El TSJ desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración contra la sentencia del juzgado de lo contencioso. El TS desestima el recurso de casación y establece que las familias numerosas de carácter especial mantienen tanto el título, como la categoría mientras al menos uno de los hijos cumpla las condiciones de edad, convivencia y dependencia de los padres que exige la ley.

ACCIDENTES, SEGUROS, INDEMNIZACIONES

Rebaja de indemnización por accidente de aviación

Ref EDE 2019/575845, STS Sala 1ª de 17 mayo 2019, rec. 3439/2016. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Rebaja de indemnización por accidente de aviación. Aplicación del criterio interpretativo del baremo de accidente de tráfico. El TS rebaja la indemnización que deberá abonar la aseguradora de avión siniestrado al aplicar el criterio orientativo del baremo previsto para los accidentes de tráfico, incrementado en el porcentaje adicional del 50 por ciento. El uso del criterio interpretativo del baremo de accidente de tráfico es más adecuado que el Reglamento europeo 785/2004 sobre requisitos de seguros para compañías aéreas, ya que este último no establece propiamente ningún baremo destinado a valorar los daños personales (FJ 5).

ITER PROCESAL: El juzgado estima parcialmente la demanda contra la aseguradora y condena al pago de una indemnización por el accidente. La AP estima en parte el recurso de apelación de las víctimas del accidente y aumenta la indemnización, desestimando el de la aseguradora. El TS estima en parte el recurso de casación de la compañía de seguros y rebaja la indemnización al aplicar el criterio orientativo del baremo previsto para los accidentes de tráfico, en lugar del reglamento europeo.

Indemnizaciones por daños causados en colisiones recíprocas de tráfico

Ref EDE 2019/593684, STS Sala 1ª Pleno de 27 mayo 2019, rec. 2999/2016. Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Indemnizaciones por daños causados en colisiones recíprocas de tráfico. Cuando no exista prueba del grado de culpa de cada conductor. El TS, en Pleno, fija doctrina sobre la solución aplicable

a los casos de daños en los bienes causados por la colisión recíproca de vehículos sin determinación del grado de culpa de cada conductor. Señala que la solución más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes, por el seguro obligatorio de vehículos de motor, es que cada uno asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50% (FJ 6 y 7).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó parcialmente la demanda interpuesta por una de las partes implicadas en un accidente de circulación y su aseguradora, y condena a la otra parte y su aseguradora a que abonen una indemnización. La AP estima el recurso de apelación interpuesto por los demandados y les absuelve de los pedimentos. El TS estima en parte el recurso de casación y establece que en los casos de daños en los bienes causados por la colisión recíproca de vehículos sin determinación del grado de culpa de cada conductor, cada una de las partes debe asumir la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%.

Consorcio de Compensación de Seguros

Ref EDE 2019/501753, STS Sala 1ª Pleno de 24 enero 2019, rec. 2611/2016. Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz

RESUMEN: Reclamación de cantidad. Consorcio de Compensación de Seguros. Fija doctrina. El TS fija como doctrina que en los supuestos en los que se declara la existencia de seguro obligatorio del automóvil en el vehículo causante del accidente, el Consorcio de Compensación de Seguros, que había indemnizado al perjudicado, no se coloca en la posición de éste, lo que le corresponde es el reembolso en los términos que prevé el art. 11.1 d) de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (FJ 3).

ITER PROCESAL: El juzgado estima la demanda del Consorcio de Compensación de Seguros, condena a la aseguradora a que abone lo adelantado por ésta al asegurado y absuelve al propietario y conductor del vehículo condenando en costas al Consorcio. El Abogado del Estado recurrió en apelación la absolución y la condena en costas y la AP desestimó el recurso confirmando la sentencia de instancia. El TS desestima el recurso de casación al señalar que el Consorcio de compensación de Seguros, que había indemnizado al perjudicado, no se coloca en la posición de éste.

FRONTERAS

Derecho de asilo y extradición

Ref EDE 2019/503460, STS Sala 3ª de 29 enero 2019, rec. 4835/2017. Ponente: D. Wenceslao Olea Godoy

RESUMEN: Derecho de asilo y extradición. Fija criterio interpretativo. El TS fija como criterio interpretativo que cuando se haya acordado la entrega de una persona a un Estado que la reclama en un procedimiento de extradición, que ha adquirido firmeza, no es posible acceder al derecho de asilo por los mismos hechos tomados en consideración en aquel procedimiento de extradición. Una vez decidida la extradición de una persona, pueden surgir hechos nuevos que puedan fundar los temores que, por esos nuevos hechos, puedan aconsejar la concesión del asilo, debiendo dejarse sin efecto la decisión sobre la entrega, amparada judicialmente (FJ 2).

ITER PROCESAL: La AN estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un extranjero al que se le había denegado el derecho de asilo con reconocimiento de la condición de refugiado, reconociéndole este derecho y le otorga el estatuto de refugiado. El TS



estima el recurso de casación interpuesto por la Administración Central del Estado y establece que cuando se haya acordado la entrega de una persona a un Estado que la reclama en un procedimiento de extradición, que ha adquirido firmeza, no es posible acceder al derecho de asilo por los mismos hechos tomados en consideración en aquel procedimiento de extradición.

Permisos de residencia obtenidos por reagrupación familiar

Ref EDE 2019/7553, STJUE Sala 2ª de 13 marzo 2019, C-635/17.

RESUMEN: Permisos de residencia obtenidos por reagrupación familiar. Pueden ser retirados si se obtuvieron fraudulentamente. El TJUE señala que los permisos de residencia obtenidos en concepto de reagrupación familiar y el estatuto de residente de larga duración pueden ser retirados cuando han sido concedidos sobre la base de documentos falsificados, incluso si sus titulares desconocían el fraude cometido. No obstante, cuando se trata de permisos de residencia obtenidos en concepto de reagrupación familiar, las autoridades nacionales deben efectuar un examen previo individualizado de la situación de las personas de que se trata (FJ 44-81).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de algunos artículos de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar. Dicha petición se presentó en el contexto de un litigio entre un menor de nacionalidad eritrea, residente en Sudán y el Secretario de Estado de Seguridad y Justicia de Países Bajos, relativo a las desestimación por este último de la solicitud de reagrupación familiar presentada por la tía y tutora del menor. El TJUE establece que los permisos de residencia obtenidos por reagrupación familiar pueden ser retirados si se obtuvieron de forma fraudulenta.

Concesión de tarjeta sanitaria a padres de ciudadanos de la UE

Ref EDE 2019/600398, STS Sala 4ª Pleno de 13 mayo 2019, rec. 1068/2018. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

RESUMEN: Concesión de tarjeta sanitaria a los padres de ciudadanos de la UE residentes en España. No supone la existencia automática de ese derecho. El Pleno de la Sala Cuarta del TS se ha pronunciado sobre el derecho a la asistencia sanitaria de una ciudadana española que reagrupó a su madre, de nacionalidad cubana, a la que le fue concedida la tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión. La concesión de la tarjeta no supone la existencia automática de ese derecho sino que la dinámica del derecho está sujeta al mantenimiento del requisito de su concesión relativo a que el reagrupante disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante el periodo de residencia y de un seguro de enfermedad que cubra los riesgos del reagrupado en España. Se emite voto particular del Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina, al que se adhiere otro magistrado.

ITER PROCESAL: El juzgado estimó la demanda presentada contra el INSS y declaró el derecho de la demandante a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud. El TSJ desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia de instancia. El TS estimó el recurso de casación y establece que la concesión de tarjeta sanitaria a los padres de ciudadanos de la UE residentes en España, no supone la existencia automática de ese derecho.

TRABAJO Y EMPRESA

Asistir a eventos con clientes fuera de la jornada es tiempo de trabajo

Ref EDE 2019/567212, STS Sala 4ª de 19 marzo 2019, rec. 30/2018. Ponente: Dª María Lourdes Arastey Sahún

RESUMEN: Asistir a eventos con clientes fuera de la jornada es tiempo de trabajo. El TS establece que la asistencia a los eventos calificados como actividades “comerciales especiales fuera de la jornada” forman parte del tiempo de trabajo y, por consiguiente, ha de regirse por los límites establecidos en el ET. Tanto su jurisprudencia como la normativa y la jurisprudencia comunitaria consideran como tiempo de trabajo el destinado a estar a disposición del empresario, sin que se deba tener en cuenta la intensidad de la actividad desempeñada (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: La AN estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por varios sindicatos en relación a que las actividades programadas fuera de la jornada laboral se consideren como tiempo de trabajo. El TS desestima el recurso de casación y confirma la resolución.

Obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria

Ref EDE 2019/17313, STUE de 14 mayo 2019, C-55/18

RESUMEN: Obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria. El TJUE declara que los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Definir los criterios concretos de aplicación de ese sistema y la forma que este debe revestir le corresponde a cada uno de los Estados miembros (FJ 29-71).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de los arts. 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y de los arts. 4.1, 11.3, y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Se ha presentado en el contexto de un litigio entre un sindicato y una mercantil, en relación con la inexistencia en esta última de un sistema de registro de la jornada laboral diaria realizada por sus trabajadores. El TJUE señala la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria.

Prima de expatriación

Ref EDE 2019/508772, STS Sala 4ª de 29 enero 2019, rec. 1091/2017. Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

RESUMEN: Prima de expatriación: debe integrar el salario regulador del despido. El TS establece que la prima de expatriación es salario y ha de incluirse en el módulo salarial regulador para calcular el importe de la indemnización por despido. Si bien, se incluirá en la parte proporcional al tiempo que lo percibió durante el último año, teniendo en cuenta que cesó en la expatriación cuatro meses antes del despido (FJ 3).

ITER PROCESAL: El TSJ desestima el recurso de suplicación del trabajador y afirma que el plus de expatriación no tiene carácter salarial. El TS estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina y establece que ese plus es salario.

Ausencia de valor liberatorio del finiquito que no recoge las deudas del trabajador con la empresa

Ref EDE 2019/514859, STS Sala 4ª de 30 enero 2019, rec. 4196/2016. Ponente: Dª María Lourdes Arastey Sahún

RESUMEN: Ausencia de valor liberatorio del finiquito que no recoge las deudas del trabajador con la empresa. El Pleno del TS señala que el finiquito no tiene valor liberatorio si el trabajador tiene deudas con la empresa y no se hacen constar en el documento. Un finiquito firmado solo por el trabajador no vincula a la empresa, en tanto que solo contiene la declaración de voluntad del trabajador (FJ 3). Se emite voto particular.

ITER PROCESAL: El TSJ confirma la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda de la empleadora en reclamación de cantidad frente a la trabajadora. El TS estima el recurso de casación y establece que el finiquito no tiene valor liberatorio si el trabajador tiene deudas con la empresa y no se hacen constar en el documento.

No procede indemnización por cese de los interinos al reincorporarse el sustituido

Ref EDE 2019/537866, STS Sala 4ª Pleno de 13 marzo 2019, rec. 3970/2016. Ponente: Dª María Lourdes Arastey Sahún

RESUMEN: No procede indemnización por cese de los interinos al reincorporarse el sustituido. El Pleno del TS señala que el TJUE niega que sea contraria a la normativa europea la norma de derecho interno español que no aplica indemnización alguna en caso de vencimiento regular del contrato de interinidad por sustitución de otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando el contratado interino cesa por reincorporación del trabajador sustituido. El así cesado no tiene derecho a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas, ni siquiera se aplica al contrato de interinidad por sustitución de otro trabajador la indemnización fijada en otros casos de vencimiento de contrato temporal. Se emite voto particular.

ITER PROCESAL: El juzgado desestima la demanda de la trabajadora frente al Ministerio de Defensa. El TSJ estima en parte el recurso de suplicación en reclamación por despido y reconoce el derecho a una indemnización. El TS, tras plantear una cuestión prejudicial al TJUE, estima en parte el recurso de casación y establece que no procede indemnización por cese de los interinos al reincorporarse el sustituido.

No es discriminatorio que los trabajadores temporales cobren menos por cese que los fijos

Ref EDE 2019/12983, STUE de 11 abril 2019, C-30/18, C-29/18 y C-44/18

RESUMEN: No es discriminatorio que los trabajadores temporales cobren menos por cese que los fijos. El TJUE declara que el precepto del Estatuto de los Trabajadores cuestionado es compatible con la normativa europea de referencia y que, en este supuesto, no existe trato discriminatorio. En el caso de los trabajadores recurrentes había finalizado la obra o servicio para la que fueron contratados, mientras que sus compañeros de contrata sufrieron un despido colectivo por causas económicas. El Tribunal Europeo considera que esta premisa constituye una razón objetiva suficiente para avalar que los primeros cobren menos indemnización que los segundos (FJ 33-55).

ITER PROCESAL: Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada y de los arts. 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con la normativa nacional. Se han presentado en el contexto de tres litigios en relación con el abono de una indemnización por la extinción de los contratos por obra o servicio que vinculaban a trabajadores y empresa. El TJUE declara que el precepto del Estatuto de los Trabajadores cuestionado es compatible con la normativa europea de referencia y que, en este supuesto, no existe trato discriminatorio.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Límite al ejercicio de los derechos fundamentales

Ref EDE 2019/500950, STS Sala 2ª de 23 enero 2019, rec. 1018/2017. Ponente: D. Antonio del Moral García

RESUMEN: No existe derecho a votar en una consulta al margen de la legalidad. Límite al ejercicio de los derechos fundamentales. El TS establece que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene límites y cauces. No existe derecho a votar en una consulta convocada al margen de la ilegalidad. Igualmente, el derecho a participar en asuntos de interés público no autoriza a organizar una votación oficial para que los ciudadanos opinen si unos acusados son culpables o inocentes, por mucho que la justicia emane del pueblo. Se reduce la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo (FJ 15 y 18).

ITER PROCESAL: El TSJ condenó por delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público. El TS estima el recurso de casación en cuanto a sustituir la duración de las penas de inhabilitación especial impuestas y ratifica los pronunciamientos de la sentencia de instancia al establecer que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene límites y cauces, por lo que no puede ampararse en el "derecho a votar" el hacerlo en una consulta convocada al margen de la legalidad.

Vulneración del derecho de participación política

Ref EDE 2019/502061, STC Sala 2ª de 28 enero 2019, rec. 799/2018. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Re

RESUMEN: Nulidad de acuerdo que paralizó una comisión de investigación. Se ha vulnerado el derecho de participación política. El TC señala la nulidad de un acuerdo que paralizó una comisión de investigación. Entiende vulnerado el derecho a ejercer las funciones representativas, con los requisitos que señalan las leyes, en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes. Manda retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior al de su resolución, para que se dicte nuevo acuerdo sobre la solicitud presentada que sea respetuosa con el derecho de participación política (FJ 3).

ITER PROCESAL: Se interpone recurso de amparo contra un acuerdo de la Mesa de las Cortes de Castilla y León, por vulnerar el derecho de participación política de los ciudadanos. La resolución impugnada vulnera ese derecho fundamental al implicar una nueva dilación y paralización de los trabajos de la comisión de investigación de adjudicación e implantación de parques eólicos de Castilla y León. El TC declara la nulidad del Acuerdo, debiendo retrotraerse las actuaciones y para que se dicte un nuevo acuerdo sobre la solicitud presentada que sea respetuosa con el derecho de participación política.



Derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión

Ref EDE 2019/544304, STS Sala 1ª Pleno de 3 abril 2019, rec. 2013/2018. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Criterios de ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. El Pleno del TS establece que cuando se plantea un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, la ponderación necesaria para resolverlo ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad ostenta el derecho a la libertad de expresión. Pero esta prevalencia no es absoluta, sino funcional, en la medida en que se ejercite conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, y contribuya al debate público en una sociedad democrática y no vulnere grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad (FJ 3).

ITER PROCESAL: El juzgado estima la demanda y declara que el mensaje publicado constituye una intromisión ilegítima del derecho al honor, condenando a retirarlo. La AP desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia recurrida. El TS desestima el recurso de casación y señala que la prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre los derechos de la personalidad, no es absoluta.

No hay vulneración del derecho al honor del pueblo catalán

Ref EDE 2019/552057, STS Sala 1ª Pleno de 3 abril 2019, rec. 2106/2018. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: No hay vulneración del derecho al honor del pueblo catalán. En las críticas de un periodista al soberanismo. El Pleno de la Sala Primera del TS señala que no puede estimarse afectado el "honor del pueblo catalán" por unas declaraciones que se dirigen contra un determinado sector de la sociedad catalana. Se equipara incorrectamente la parte con el todo, pues las expresiones proferidas por el periodista demandado no fueron referidas al conjunto de la ciudadanía catalana sino a un determinado sector político y social, el identificado con las tesis soberanistas, y a algunas personas e instituciones que el demandado situaba en ese sector (FJ 5).

ITER PROCESAL: El juzgado desestimó la demanda por vulneración al honor del pueblo catalán. La AP desestimó el recurso de apelación porque consideró que las personas jurídico-públicas no pueden ser titulares del derecho al honor. El TS desestimó el recurso de casación al señalar que no puede estimarse afectado el "honor del pueblo catalán" por unas declaraciones que se dirigen contra un determinado sector de la sociedad catalana.

Derecho al honor: indemnización por inclusión en fichero de morosos sin preaviso

Ref EDE 2019/563387, STS Sala 1ª de 25 abril 2019, rec. 3425/2018. Ponente: D. Rafael Sarazá Jimena

RESUMEN: Indemnización por inclusión en fichero de morosos sin preaviso. Trascendencia del requisito del previo requerimiento de pago. El TS condena a una entidad bancaria a indemnizar a un cliente al que incluyó en el registro de morosos sin haberle requerido de pago, ni advertido de que, de no hacerlo, se comunicarían los datos del impago a ficheros relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias. Este requerimiento impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han

dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia (FJ 5).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó en parte la demanda contra la entidad bancaria por intromisión ilegítima del derecho al honor. Interpuesto recurso de apelación, la AP lo estimó parcialmente, rechazando la impugnación relativa a la existencia de requerimiento previo al confirmar que no existía prueba de que se hubiera practicado tal requerimiento. Declaró, en cambio, que no hubo intromisión ilegítima en el honor del demandante ya que existía una deuda líquida, vencida y exigible. El TS estimó el recurso de casación y señaló la trascendencia del requisito del previo requerimiento de pago.

Vulneración del derecho a la libertad sindical

Ref EDE 2019/523625, STS Sala 4ª de 21 febrero 2019, rec. 214/2017. Ponente: D. Sebastián Moralo Gallego

RESUMEN: Vulneración del derecho a la libertad sindical. Negativa injustificada de la empresa a permitir el uso del correo electrónico. El TS declara que incurre en conducta antisindical que infringe el derecho de libertad sindical, la injustificada negativa de la empresa a permitir la utilización del sistema de correo electrónico ya preexistente que pudiere haber desarrollado para el uso empresarial, cuando queda acreditado que no se perturba con ello el normal funcionamiento de su actividad, y no supone la imposición de mayores cargas, gravámenes, o incremento de costes (FJ 5).

ITER PROCESAL: La AN estimó parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por un sindicato. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa y declara que la injustificada negativa de la empresa a permitir el uso del correo electrónico por el sindicato vulnera el derecho a la libertad sindical.

Vulneración del derecho fundamental a la libertad de información

Ref EDE 2019/513779, STC de 25 febrero 2019, rec. 3264/2017. Ponente: D. Juan José González Rivas

RESUMEN: Amparo a un periodista en su derecho a la libertad de información. El TC ampara a un periodista en su derecho a la libertad de información y anula la sentencia que le condenó por un delito de revelación de secretos. La noticia publicada en un diario digital y en la que se incluía un extracto de movimientos de la cuenta bancaria, cumple con las exigencias de la doctrina constitucional sobre la libertad de información; es decir, que la información difundida tenga relevancia pública de aquello que se comunica y que sea veraz (FJ 7 y 8).

ITER PROCESAL: Se interpone recurso de amparo por un periodista contra la sentencia del juzgado de lo penal que le condenó como autor criminalmente responsable de un delito de revelación de secretos, y contra la sentencia de la AP que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la primera. El TC estima el recurso de amparo planteado y declara que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad de información.

Derecho a la intimidad del menor en el proceso judicial

Ref EDE 2019/574535, STC Pleno de 9 abril 2019, rec. 3706/2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez

RESUMEN: Traslado a las partes del acta de exploración judicial de menor. No vulnera su intimidad. El Pleno del TC señala que la intimidad del menor no se vulnera cuando tras una exploración judicial se da traslado del acta detallada a las partes. Es en la celebración de la ex-

ploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la Administración de Justicia debe cuidar de preservar su intimidad, velando en todo momento porque las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidas, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente (FJ 4-8).

ITER PROCESAL: El juzgado plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 18.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, por posible vulneración del derecho fundamental a la intimidad del menor de edad. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad y señala que la intimidad del menor no se vulnera cuando tras una exploración judicial se da traslado del acta detallada a las partes.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

Ref EDE 2019/522747, STC Pleno de 14 marzo 2019, rec. 4820/2018. . Ponente: D^a Encarnación Roca Trías

RESUMEN: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En la reclamación de honorarios de abogados y procuradores por indebidos. El Pleno del TC declara inconstitucional la falta de recurso para impugnar el decreto de los letrados de la administración de justicia cuando se reclaman honorarios de abogados y procuradores por indebidos. La exclusión de recurso frente al decreto priva del acceso al control jurisdiccional de una decisión adoptada en el seno de un proceso por un órgano no investido de función jurisdiccional y da lugar al inicio del procedimiento de ejecución, prescindiendo de ese control y excluyendo a la parte de la posibilidad de impugnación contra la decisión del letrado de la administración de justicia (FJ 7).

ITER PROCESAL: La Sala Segunda del TC planteó una cuestión interna de inconstitucionalidad respecto al párrafo segundo del art. 35.2 LEC, en relación con la regulación de los párrafos segundo y tercero del art. 34.2 a los que remite en la redacción dada por la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por posible vulneración del art. 24.1 CE. El TC estima la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada y declara la nulidad del párrafo.

Derecho a la propia imagen del trabajador

Ref EDE 2019/572520, STS Sala 4^a de 10 abril 2019, rec. 227/2017. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

RESUMEN: Licitud de la cláusula de contrato de empresa de contact-center sobre cesión de imagen de empleados para telemarketing. El TS señala que la cláusula sobre cesión de imagen de empleados de una empresa de contact-center no se puede considerar abusiva, ni calificar de nula, porque es lícita, dado que es manifestación de un consentimiento expreso que el trabajador da a la cesión de su imagen, cuando la actividad propia del telemarketing, la del convenio colectivo, la desarrolle por video-llamada y que está implícito en el objeto del contrato (FJ 2).

ITER PROCESAL: La AN estimó la demanda de conflicto colectivo y declara la nulidad de la práctica empresarial de incorporar en los contratos de trabajo una cláusula de cesión de imagen, por violar el derecho a la propia imagen del empleado. El TS estima el recurso de casación y establece la licitud de la cláusula.

PROTECCIÓN DE DATOS

Derecho al olvido digital sobre noticias sustancialmente inexactas

Ref EDE 2019/500362, STS Sala 3^a de 11 enero 2019, rec. 5579/2017. Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

RESUMEN: Derecho al olvido digital sobre noticias sustancialmente inexactas. El TS señala que debe garantizarse la protección del derecho al olvido digital, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en aquellos supuestos en que la información que es objeto de difusión, y cuya localización se obtiene a través de motores de búsqueda en Internet contenga datos inexactos que afectan en lo sustancial a la esencia de la noticia (FJ 3).

ITER PROCESAL: La AN desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por una mercantil, propietaria de un motor de búsqueda de contenido en Internet, contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra otra resolución previa del mismo órgano, resoluciones que se confirman por su conformidad a derecho. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la mercantil y establece el derecho al olvido digital sobre noticias inexactas.

Inconstitucionalidad de la obtención de datos relativos a opiniones políticas de los ciudadanos

Ref EDE 2019/591227, STC Pleno de 22 mayo 2019, rec. 1405/2019. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón

RESUMEN: Inconstitucionalidad de la obtención de datos relativos a opiniones políticas de los ciudadanos. El Pleno del TC declara que es inconstitucional, por falta de garantías legales, que los partidos políticos puedan reunir datos relativos a opiniones políticas de los ciudadanos. La ley no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia ni ha establecido las garantías adecuadas que para la debida protección del derecho fundamental a la protección de datos personales reclama la doctrina constitucional (FJ 6 y 7).

ITER PROCESAL: El Defensor del Pueblo interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, ya que el legislador no limita el tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas por parte de los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales. El TC estima el recurso de inconstitucionalidad, declara contrario nulo el apartado recurrido.

NOTIFICACIONES ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Consulta obligada del buzón LexNet

Ref EDE 2019/501175, STC Pleno de 17 enero 2019, rec. 3323/2017. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho

RESUMEN: Consulta obligada del buzón LexNet. El Pleno del TC señala que la utilización del sistema de notificaciones LexNet es de obligado cumplimiento para los profesionales que actúan en el ámbito de la Administración de Justicia. Si éstos no consultan las noti-



ficciones que les lleguen al buzón, deberán asumir sus consecuencias y no podrán luego reclamar si se han producido prescripciones de plazos o similar (FJ 4 y 6). Emite voto particular el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.

ITER PROCESAL: El TSJ plantea una cuestión de inconstitucionalidad, por posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, respecto al último inciso del art. 152.2 LEC, en la redacción dada al mismo por el artículo único, apartado diecisiete, de la Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad y señala que el sistema de notificaciones LexNet es de obligado cumplimiento para los profesionales de la Administración de Justicia.

CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Registro electrónico de voluntades anticipadas de Cataluña. Competencia exclusiva del Estado

Ref EDE 2019/500826, STC Pleno de 17 enero 2019, rec. 4751/2017. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara

RESUMEN: Registro electrónico de voluntades anticipadas de Cataluña. Competencia exclusiva del Estado. El Pleno del TC declara la nulidad de la creación del Registro electrónico de voluntades digitales de Cataluña. No se trata de un mero instrumento registral de carácter administrativo, ligado a la competencia sustantiva en materia de derecho civil que la comunidad autónoma tiene estatutariamente asumida. Se trata, por el contrario, de un registro público de derecho privado en el que han de inscribirse para su validez los documentos de voluntades digitales, en defecto de disposiciones de última voluntad, siendo su ordenación competencia exclusiva del Estado (FJ 4 y 5). Emite voto particular la Magistrada doña Encarnación Roca Trías.

ITER PROCESAL: El Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña. El TC declara su inconstitucionalidad por ser competencia del Estado.

Ordenanza municipal reguladora de los clubes de cannabis. Competencia del Estado

Ref EDE 2019/514935, STS Sala 3ª de 5 marzo 2019, rec. 2325/2016. Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

RESUMEN: Ordenanza municipal reguladora de los clubes de cannabis. Anulada por no ser materia de competencia del ayuntamiento. El TS establece que los ayuntamientos son incompetentes para regular los clubes de cannabis en cuanto esa regulación, aun cuando sea estrictamente urbanística y ambiental, tiene una incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal, lo que es competencia estatal (FJ 4).

ITER PROCESAL: El TSJ desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por el Abogado del Estado contra la Ordenanza de un ayuntamiento reguladora de la ubicación de los clubs sociales de cannabis, aprobada inicialmente por el Pleno de dicho ayuntamiento. El TS estima el recurso de casación y establece que los clubs de cannabis son competencia estatal, no de los ayuntamientos.

COMPRAVENTA

Cláusula penal pactada en contrato de compraventa

Ref EDE 2019/519481, STS Sala 1ª de 8 marzo 2019, rec. 1075/2016. Ponente: D. Francisco Javier Orduña Moreno

RESUMEN: Incidente concursal. Compraventa. Cláusula penal pactada: indemnización de daños y perjuicios. El TS sostiene que tanto en el supuesto de resolución de contrato en interés del concurso, como en el caso de resolución del contrato por incumplimiento de la concursada, la ley reconoce a la parte "in bonis" un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución. No obstante, cuando la pena exceda de la finalidad resarcitoria y responda también a una finalidad sancionadora, no debe operar en caso de concurso de acreedores, puesto que en tales supuestos no se penaliza al deudor, sino al resto de sus acreedores concursales (FJ 2).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó en parte la demanda del vendedor declarando la resolución contractual con la correspondiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas, pero sin conceder la indemnización de daños solicitada por el vendedor con base a la señalada cláusula penal. La AP desestimó el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia. El TS estima en parte el recurso de casación y reconoce el derecho a indemnización.

BONO SOCIAL ELÉCTRICO

Régimen de financiación del bono social eléctrico

Ref EDE 2019/542345, STC Pleno de 26 marzo 2019, rec. 593/2017. Ponente: D. Pedro González-Trevijano Sánchez

RESUMEN: Cuestión prejudicial ante el TJUE por inaplicar la normativa nacional sobre el régimen de financiación del bono social eléctrico. El Pleno del TC ampara a la Administración General del Estado y acuerda que el TS interponga una cuestión prejudicial ante el TJUE por inaplicar la normativa nacional sobre el régimen de financiación del bono social eléctrico. Queda descartada la aplicación al caso de la doctrina sobre el "acto aclarado", ya que el TJUE no había aclarado una cuestión idéntica suscitada en un caso análogo al enjuiciado, así se estima que el órgano judicial no estaba exento de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE y, al no haberla formulado, vulneró el derecho a un proceso público con todas las garantías (FJ 5 y 6). Emite voto particular el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara.

ITER PROCESAL: La Administración General del Estado interpone recurso de amparo frente a una sentencia del TS Sala de lo contencioso-administrativo y un auto del mismo órgano, por el que se desestimaba el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a aquélla. La Administración entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías. Y ello, porque el órgano judicial ha inaplicado el art. 45.4 LSE entonces en vigor, que establece el régimen de financiación del bono social eléctrico, al considerar que es incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE y ha adoptado esa decisión sin previamente plantear cuestión prejudicial ante el TJUE. El TC declara vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías, anulando la sentencia y el auto, y mandando retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, para que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Víctor Esquirol Jiménez
Notario del Masnou

INEFICACIA SOBREVENIDA DE TESTAMENTO

Se requiere que el heredero sea pareja estable o cónyuge del testador en el momento de otorgarse el testamento.

Sentencia n.º 14/2019, de 21 de febrero (Ponente: M.ª E. Alegret Burgués)

El causante, fallecido en 2014, había otorgado testamento a favor de su pareja en el año 2000, cuando aún no formaban legalmente una pareja estable pues, pese a llevar más de dos años de convivencia, no se habían constituido como pareja estable homosexual, sino que lo hicieron posteriormente, llegando incluso a contraer matrimonio entre sí. Tres años antes de fallecer el causante se habían divorciado. Se pide la ineficacia sobrevenida del testamento en base al art. 422-13 CCCat.

Se plantea si, pese a que el art. 234-1 CCCat entró en vigor después de otorgarse el testamento, puede aplicarse retroactivamente a dicho momento, de manera que pudieran considerarse como pareja estable homosexual por el solo hecho de llevar conviviendo más de dos años. Resuelve el tribunal que la ley aplicable a la sucesión (CCCat) no puede ampliarse a la regulación de la pareja estable, que en el año 2000 se regía por la Ley 10/1998, de 15 de julio (LUEP), pues la DT 4ª del Libro II CCCat establece que sus disposiciones se aplican a las parejas estables que se regían por la LUEP, es decir, que para la aplicación del Libro II a las parejas estables debían tener dicha consideración conforme a la LUEP, circunstancia que no se da en este caso. De ello se deduce, asimismo, que la condición de ser cónyuge o pareja estable ha de cumplirse en el momento de otorgarse el testamento, sin que el hecho de cumplirse posteriormente produzca la ineficacia sobrevenida del testamento conforme al art. 422-13.

DESHEREDACIÓN

Los alimentos comprendidos en la causa de desheredación del art. 370.2 CS tienen contenido exclusivamente patrimonial.

Sentencia n.º. 20/2019, de 11 de marzo

La testadora, fallecida bajo la vigencia del CS, desheredó a sus nietos por la causa 2ª del art. 370 CS. Se declara probado que testadora y legitimarios no tenían ninguna relación desde hacía bastantes años, pese al deterioro físico de aquella, que llegó al extremo de motivar su incapacitación legal y el nombramiento como tutora a una vecina de la testadora, nombrada como su heredera. No obstante, el hecho de que la testadora gozase de capacidad económica «más que suficiente» para atender a sus necesidades, hace prosperar la pretensión de desheredación injusta. El hecho de que la valoración o interpretación de las causas de desheredación no deba hacerse con un criterio rígido o sumamente restrictivo (como preconizan las SSTSJC 41/2015, de 28 de mayo, y 4/2017, de 2 de febrero), no significa que deba aplicarse a dichas causas un contenido distinto y diferente de su significado, sin que quepan ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la interpretación de *minores ad maiorem*. La aplicación de la causa de desheredación basada en la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar, introducida por la Ley 10/2008, no es aplicable con carácter retroactivo.

La desheredación fundada en la denegación de alimentos del art. 370.2 (y, por ende, del actual art. 451-17.2 b) CCCat) excluye las conductas de ámbito moral (que, indica el TSJC, hubieran podido tener acogida en el concepto de maltrato psicológico), «como la falta de relación con la causante o no visitarla en sus ingresos hospitalarios, entre otras, siendo que la obligación de cumplir los alimentos exige, o bien una situación de necesidad, un requerimiento o una pe-



tición a los eventuales herederos [sic] legitimarios, sin necesidad de que se hayan reclamado judicialmente, bastando que la necesidad alimenticia se pruebe por cualquier medio y una negativa injustificada por parte de los legitimarios a prestarlos» (FD 3.3).

RENUNCIA AL SUPLEMENTO DE LEGÍTIMA

En una sucesión regida por el CS, la renuncia no afecta a los bienes desconocidos en el momento de producirse aquélla.

Sentencia n.º 81/2018, de 15 de octubre (Ponente: J. Seguí Puntas)

Habiendo fallecido su padre en 2007, varios de los legitimarios, después de aceptar la valoración del caudal relicto, recibieron de su hermana la heredera una cantidad en pago de legítima y otorgaron carta de pago de tal derecho y renuncia a su suplemento. Otro legitimario, no conforme con la cantidad propuesta por la heredera, litigó contra ella y obtuvo una cantidad casi cinco veces superior. A consecuencia de ello, algunos de los hermanos que había recibido la legítima pidieron su suplemento hasta la cantidad reconocida judicialmente a favor del litigante, por equidad y por haber variado la valoración del caudal relicto. También solicitaron el suplemento por la aparición de bienes desconocidos en el momento de la renuncia.

El TSJC considera que «sin la existencia de vicios del consentimiento, la única posibilidad legal considerada para impugnar la renuncia a la acción de suplemento por razón de inexactitud objetiva en la valoración de los bienes computables era la lesión en más de la mitad de su valor» (FD 5º), pero, al no haberse planteado la demanda en dicho sentido, no puede ser tomada en consideración. En cambio, aplica la doctrina de los actos propios, que impide que alguien pueda hacer valer un derecho o una facultad que contradiga una conducta propia observada con anterioridad si esta tenía una significación inequívoca.

Pese a ello, admite el derecho al suplemento si apareciesen otros bienes del causante, pese a que el art. 361 CS nada decía al respecto, de acuerdo con la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia menor, pese a su renuncia previa a la aparición que, instrumentada en la práctica normalmente como cláusula de estilo, podía entenderse referida únicamente a los bienes conocidos.

IMPUTACIÓN LEGITIMARIA

Las donaciones otorgadas a favor del legitimario no son imputables a la legítima si no se han otorgado con dicho carácter.

Sentencia 17/2019, de 4 de marzo (Ponente M.ª E. Alegret Burgués)

En primera y segunda instancia se declaró pagada la legítima de la demandante mediante unas donaciones cuyo carácter imputable no se estableció en el momento de la donación y el TSJC declara que no son imputables, ordenando la reducción de un legado otorgado a favor del otro legitimario para pagar la legítima a aquélla.

ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO CONYUGAL

No puede prorrogarse judicialmente el plazo de atribución si este no ha sido establecido por el juez sino por acuerdo entre los cónyuges el convenio regulador del divorcio.

Sentencia n.º 96/2018, de 3 de diciembre (Ponente: J.F. Valls Gumbau)

En convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente se acuerda atribuir el uso de la vivienda conyugal, por un plazo de 5 años, al progenitor bajo cuya custodia queda el hijo común incapacitado. Dicho progenitor solicita ahora judicialmente la modificación de dicho acuerdo para ampliarlo a un plazo de 10 años. El TSJC se opone a ello argumentando que la medida no fue adoptada por el juez, sino acordada entre los cónyuges, y sólo se puede modificar de mutuo acuerdo o si han cambiado las circunstancias, sin que pueda aplicar el art. 233-20.5 CCCat (que permite la prórroga) porque se refiere a los supuestos de los números 3 y 4 de dicho precepto. Lo que sugiere la sentencia es que, ya que la atribución del uso del domicilio no deja de ser una contribución en especie a los alimentos del incapacitado, podría intentarse la modificación de la medida alimentaria pactada.

ALIMENTOS

El rigor con el que debe valorarse la falta de relación familiar entre el progenitor y el hijo, a los efectos de que este tenga derecho a recibir alimentos de aquél, debe ser inferior al del supuesto de desheredación.

Sentencia n.º 1/2019, de 14 de enero (Ponente: J. Seguí Puntas)

ELTSJC resuelve que en el supuesto que juzga no concurre la causa invocada por el progenitor para quedar exento de prestar alimentos a su hijo. La causa esgrimida consiste en la falta continuada de relación familiar entre ambos por causa imputable exclusivamente al hijo, recogida en el art. 237-13.1, e) en relación con el art. 451-17.2 e) CCCat. Se declara probado que el hijo se ha negado a tener relación familiar con el progenitor, pero también que ello es debido a que el progenitor en cuestión dejó de cumplir la obligación de contribuir a los alimentos del hijo resultante del proceso de divorcio de los progenitores. Por ello, entiende que no es totalmente imputable al hijo la falta de relación familiar. Reitera el criterio de la STSJ 11/2017, conforme a la cual el derecho a la legítima y el derecho de alimentos tienen una naturaleza distinta y que esta naturaleza influye a la hora de determinar el grado de rigor con el que se ha de analizar la conducta del hijo que se opone a relacionarse con su progenitor.

REVOCACIÓN DE DONACIÓN

Para que una donación sea revocable por incumplimiento de cargas impuestas por el donante al donatario, se requiere que este haya tenido la posibilidad de cumplirlas.

Sentencia 82/2018, de 18 de octubre (Ponente: M.ª E. Alegret Burgués)

Tras otorgar una donación a favor de su hija con la obligación o modo de cuidar al donante éste hasta su muerte, teniéndole en

su compañía, el donante abandona el domicilio de la donataria tras discutir con su yerno. Meses más tarde le comunica la revocación de la donación y la donataria le contesta que puede volver cuando quiera. El donante fallece dos años más tarde, habiendo convivido durante ese tiempo con otra de sus hijas.

El TSJC falla a favor de la subsistencia de la donación, en la consideración de que el incumplimiento del modo debe ser imputable al donatario, como resulta por la aplicación analógica del art. 428-4.4 CCCat, que establece que el incumplimiento de un modo impuesto a un legatario, por su culpa, faculta a la persona gravada con el legado para solicitar la restitución de su objeto. En el presente caso, a la donataria no le fue posible cumplir el modo, ya que para ello necesitaba la colaboración de su padre, quien con su comportamiento privó a su hija de la posibilidad de cumplirlo.

REVOCACIÓN DE DONACIÓN

Para que los herederos del donante puedan ejercitar la acción de revocación por ingratitud se requiere que demuestren que el donante no pudo hacerlo.

Sentencia n.º 94/2018, de 29 de noviembre (Ponente: M.ª E. Alegret Burgués)

El art. 531-15.4 dispone que, en la revocación por causa de ingratitud, la acción sólo la pueden ejercitar los herederos del donante si este no lo ha podido hacer. Para tener dicha legitimación, por lo tanto, los herederos tienen que demostrar tal hecho, sin que sea suficiente que el donante otorgara un acta de manifestaciones en la que hizo constar su deseo de revocar la donación (acta en la que ni siquiera requirió al notario para que notificara la revocación a la donataria), ni que tuviera falta de movilidad, que no le impidió otorgar dicha acta y hacer testamento y que no le hubiera impedido conferir poderes a procuradores o iniciar de alguna otra forma actos de contenido jurídico relacionados con el ejercicio de la acción.

PROPIEDAD HORIZONTAL

No están legitimados para impugnar los acuerdos adoptados por la junta de propietarios, aquellos que no asistieron a la junta y no se opusieron al acuerdo dentro del mes siguiente a su notificación.

Sentencia n.º 83/2018, de 18 de octubre (Ponente: J. Seguí Puntas)

Se plantea si uno de los propietarios que no asistió a la junta, celebrada tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 13 de mayo, puede impugnar los acuerdos adoptados por no haber sido convocado a la junta. El TSJC resuelve que, según el art. 553-31.2, para ello era imprescindible que hubiese manifestado su oposición al acuerdo dentro del mes siguiente a su notificación conforme al art. 553-25.6, lo que no hizo. La pasividad derivada de su inacción le inhabilitó para formular posteriormente la correspondiente demanda de impugnación.

PROPIEDAD HORIZONTAL

El presidente necesita acreditar el acuerdo de la comunidad para representarla en juicio, si bien su falta es subsanable por ser un problema de representación y no de legitimación procesal.

Sentencia n.º 3/2019, de 17 de enero (Ponente: M.ª E. Alegret Burgués)

La sentencia recurrida consideró que la falta de acuerdo comunitario, debido a que se decretó su nulidad por defectos en la convocatoria de la Junta, implicaba la falta de legitimación ad causam, lo que impedía su subsanación posterior. El TSJC califica las comunidades y subcomunidades de propietarios como entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconoce capacidad para ser parte en base al art. 553-1.2 c); por lo tanto, la comunidad de propietarios está legitimada procesalmente. Cuestión distinta es, no obstante, la extensión de las facultades del presidente. La sentencia sigue en este punto la jurisprudencia del TS (SSTS de 27 de marzo de 2012 y 24 de junio de 2016), conforme a la cual el acuerdo comunitario es de obligada aportación; el mero hecho de que la LPH atribuya al presidente la representación de la comunidad en juicio y fuera de él, no significa para el TS que esté facultado para cualquier actuación, ya que no puede suplir o corregir la voluntad de la comunidad expresada en la junta. En todo caso, no se trata de una cuestión de legitimación, que corresponde a la comunidad de propietarios, sino de representación de su presidente, cuya actuación puede ser ratificada por la junta.

PROPIEDAD HORIZONTAL

La comunidad puede hacer cesar el destino turístico de un departamento a quien lo adquirió después de la modificación estatutaria prohibiendo dicho uso, aunque el anterior propietario hubiera obtenido una autorización administrativa.

Sentencia n.º 4/2019, de 24 de enero (Ponente: M.ª E. Alegret Burgués)

Entre la convocatoria de la junta en que se iba a debatir la prohibición de destinar los elementos privativos a usos turísticos y la efectiva celebración de dicha junta, uno de los propietarios solicitó la licencia municipal para utilizar su vivienda a dichos usos. La junta acordó prohibir el destino turístico e inscribió la modificación de estatutos en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, el propietario en cuestión, que había obtenido la licencia, vende la vivienda y el adquirente la destina a uso turístico.

El TSJC resuelve que la comunidad puede hacer cesar al adquirente en dicho uso, siguiendo la doctrina de la sentencia 74/2018, pues se trata de una limitación al derecho de propiedad de interés privado amparada en los arts. 553-11.3 y 553-40. 1 y 2 CCCat, que ya constaba inscrita en el Registro de la Propiedad cuando el propietario actual realizó su adquisición.



DERECHOS REALES DE GARANTÍA

En el Derecho catalán no existe una prohibición del pacto comisorio, que es lícito si no produce un enriquecimiento injusto.

Sentencia n.º 12/2019, de 18 de febrero (Ponente: J. Seguí Puntas)

Se constituyó una opción de compra en garantía de un préstamo hipotecario, cuyo ejercicio se sujetó a la condición suspensiva del impago del préstamo, haciendo constar la finalidad de evitar la posible ejecución hipotecaria por el impago del préstamo, por considerarse más perjudicial para el concedente de la opción. Impagado el préstamo, se ejecutó unilateralmente la opción de compra. La prestataria pretendía la nulidad del ejercicio de la opción de compra por encubrir un pacto comisorio.

El TSJC declara la validez de la operación realizada, en base a los siguientes argumentos: 1) no hay ninguna norma en el Derecho catalán que prohíba el pacto comisorio, por el contrario los arts. 569-7.2 y 569-20.3 lo admiten para la realización del bien retenido o pignorado; 2) aún si estuviera prohibido, su razón de ser estaría en que la realización de la cosa dada en garantía comporte un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor, lo que en el caso examinado no ocurre dada la equivalencia entre el importe de la deuda y el valor de los bienes ejecutados; 3) el pacto comisorio puede aparecer literalmente en un negocio privado expresado como tal o, lo más habitual, tomar la forma de un negocio no propiamente de garantía, como la opción de compra y la compraventa a carta de gracia o empenyament. En el mismo sentido se pronuncia la STSJC 16/2019, de 28 de febrero.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La forma de la donación se rige por la ley de situación del inmueble. CAPÍTULO MATRIMONIALES.- El hecho de que la donación se otorgue antes de presentarse la demanda de divorcio no la convierte en un pacto en previsión de ruptura matrimonial.

Sentencia n.º 23/2019, de 18 de marzo

Se plantea la validez de una donación de un inmueble situado en Suecia, hecha en documento privado otorgado en Barcelona entre dos cónyuges españoles de vecindad civil catalana, poco antes de instar su divorcio. El donante/demandado pide la nulidad de la donación por defecto de forma (art. 531-12.1 CCCat), alegando que la ley aplicable a la forma de la donación es la española, en base a los arts. 10.7 CC (las donaciones se rigen por la ley personal del donante) y el art. 11.2 CC (si la ley reguladora del contenido exige para su validez una determinada forma o solemnidad, esta será siempre aplicada).

En cambio, el TSJC entiende que la forma de la donación se rige por la ley de situación del inmueble, la ley sueca, que no exige escritura pública, por aplicación del Reglamento (CE) 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, también conocido como Roma I. Considera la sentencia que «[d]e hecho, las normas de derecho internacional privado del Título Preliminar del Código civil español que hacen referencia a las obligaciones contractuales (principalmente, artículos 10 y 11) han adquirido un carácter residual

desde la aplicación de Roma I dada la regulación global de la materia que hace esta norma comunitaria» (FD 2.2).

Pese a que el reglamento excluye de su ámbito las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sólo pueden considerarse como tales los regímenes económicos primario y secundario, siendo este último el acordado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales o, en su defecto, el supletorio legal, así como los negocios hechos en consideración al matrimonio, que en derecho catalán son las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia, las donaciones por razón de matrimonio otorgadas fuera de capítulos y los derechos viudales familiares. En cambio, quedan excluidos del concepto de relaciones patrimoniales entre cónyuges y, por lo tanto, incluidos en el ámbito de aplicación de Roma I, los restantes negocios, de causa onerosa o gratuita, que los cónyuges lleven a cabo en ejercicio de su libertad de contratación, ya que no resultan o derivan directamente del vínculo matrimonial, como es la donación del presente caso.

Por último, el donante alega que la donación se hizo en plena crisis matrimonial pero antes de que se iniciara la ruptura, por lo que se trata de un pacto en previsión de una ruptura matrimonial, que requiere escritura pública conforme al art. 231-20.1 CCCat. Por el contrario, el TSJC entiende que no lo es pues, como ya ha declarado en otras ocasiones (v.gr., STSJC 13/2016) no debe vincularse la ruptura de la convivencia con el inicio de las acciones judiciales; la ruptura no es un hecho determinado sino un proceso que transcurre, por lo general, durante un lapso de tiempo más o menos prolongado. Por lo tanto, al haberse otorgado en un contexto de crisis matrimonial, la donación no puede considerarse como un pacto en previsión de una ruptura matrimonial, sino como un pacto fuera de convenio regulador, al que se aplica el art. 233-5, que no exige escritura pública.

DERECHO INTERREGIONAL

La ley española aplicable a la prescripción del contrato celebrado debe determinarse mediante lo dispuesto en el artículo 10.5 CC.

Sentencia n.º 22/2019, de 14 de marzo (Ponente: M.º E. Alegret Burgués)

Se celebra en Vinaroz un contrato de arrendamiento de servicios en relación con una finca situada también en Vinaroz entre una persona con domicilio en Castellón y otra con domicilio en Alcanar (Tarragona), sin sometimiento expreso a ley alguna. Se plantea si la pretensión para reclamar el pago de los honorarios ha prescrito. El TSJC considera aplicable el CC, en base al art. 10.5 CC, que establece como criterios o puntos de conexión subsidiarios al sometimiento expreso: a) la ley personal común de los contratantes; b) en su defecto, la ley vigente en el lugar de residencia habitual de los contratantes; y c) en último término, la ley vigente en el lugar donde se celebra el contrato. Finaliza la norma añadiendo que a falta de sometimiento expreso se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde están sitos.

En el caso presente, la ley personal y el lugar de residencia habitual de los contratantes son diferentes, por lo que debe aplicarse la ley del lugar donde se celebró el contrato y de situación del inmueble sobre el que recaían los servicios contratados, esto es, el Código civil español. Ello determina también la competencia del propio TSJC para conocer el asunto.

Resumen de las resoluciones de la DGRN en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas durante el primer semestre de 2019

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

AFECCIONES FISCALES

R. 21 mayo 2019 (BOE 138, 10-VI-19: 8593)
R. 21 mayo 2019 (BOE 138, 10-VI-19: 8594)

Suspende la práctica de una nota de afección a favor de Hacienda, de las previstas en el artículo 45 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, por no haberse seguido el expediente contra el titular registral, ni se le haya requerido de pago, ni al menos se le haya notificado.

La especial afección del artículo 45 no se regula como hipoteca legal tácita del artículo 78 LGT, sino como afección del artículo 79-1, que la configura como responsabilidad subsidiaria, por derivación de la acción tributaria. El propio recurrente hace constar que se precisa del oportuno procedimiento de derivación de responsabilidad, pero no consta que se haya producido tal derivación.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

R. 26 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1033)

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 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.

R. 15 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5292)

Presentada certificación de adjudicación directa y mandamiento de cancelación de cargas, derivados de ejecución administrativa, 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 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. Es doctrina extensiva a las ejecuciones administrativas.

R. 29 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5790)
R. 4 abril 2019 (BOE 98, 24-IV-19: 6125)

Aplican el mismo criterio y solución denegatoria a un mandamiento de cancelación de cargas derivado de un procedimiento judicial ejecutivo.



R. 22 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7054)

Deniega la cancelación de una anotación preventiva de embargo a favor de la Agencia Tributaria por caducidad, al haber pasado 6 meses desde la adopción de la medida de practicar la anotación, sin que consta registralmente su prórroga por otros 6 meses. Este plazo está previsto en el artículo 81 LGT, pero se refiere a la duración del embargo como medida cautelar, y no a la duración de su anotación preventiva, a la cual se le aplica el plazo general de 4 años (art. 86 LH). El mero transcurso del plazo de duración de un derecho no permite sin más la cancelación del asiento que lo publica. Para cancelar la anotación antes del transcurso de su plazo, debe acreditarse fehacientemente el alzamiento del embargo mediante documento emitido por la Administración que lo decretó.

R. 16 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8858)

Deniega la práctica en la hoja de una sociedad en el Registro Mercantil, de una anotación preventiva de denuncia que ha sido acordada como medida cautelar en un procedimiento penal como consecuencia de la alegación del denunciante de que el administrador social está disponiendo de los inmuebles de la sociedad.

En nuestro sistema hipotecario rige el principio de “numerus clausus” de tipos de anotaciones preventivas. En el supuesto resuelto, ni la anotación pretendida está contemplada en el ordenamiento, ni el procedimiento que la motiva puede provocar una modificación del contenido del Registro Mercantil. Lo que sí permitiría nuestro ordenamiento es reflejar en el Registro de la Propiedad -respecto de inmuebles concretos- las medidas provisionales que acuerde la autoridad judicial (artículos 26 y 42 LH).

ARRENDAMIENTO

R. 24 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7069)

R. 11 octubre 2018 (BOE 267, 5-XI-18: 15117)

El título cuya inscripción se pretende es un decreto judicial por el que se declara extinguido un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra. La Dirección admite la cancelación del arrendamiento, pero deniega la cancelación de las anotaciones de embargo posteriores sobre el derecho del arrendatario, cuyos titulares no han sido parte en el procedimiento, haciendo constar por nota al margen la referencia al decreto judicial que resuelve el “leasing”, que sólo subsistirá registralmente como soporte de los citados embargos, pero sin que puedan inscribirse en lo sucesivo ningún acto dispositivo o de gravamen sobre el derecho arrendaticio.

BIENES Y DERECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN

R. 6 febrero 2019 (BOE 57, 7-III-19: 3275)

Suspende la inscripción de una escritura de rectificación en ejecución de convenio administrativo, mediante la cual, el organismo autónomo Instituto de la Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED), tras quedar desiertas tres subastas sucesivas, vende un inmueble directamente a un consorcio urbanístico constituido por acuerdo de la Comunidad Autónoma.

El primer defecto es falta de competencia para la enajenación, pues la misma no ha sido realizada por alguno de los órganos legalmente competentes: el Ministerio de Defensa o, por delegación de éste, el Presidente o el Consejo Rector del organismo autónomo (artículos: 135 Ley 3/2003 de Patrimonio AAPP; y 32-2 Estatuto INVIED)

Por otro lado, el acuerdo de incoación fijó para la enajenación el procedimiento de subasta; y ciertamente el artículo 137-4 Ley 33/2003 permite la enajenación directa en caso de quedar desierta, pero en el caso resuelto se excede del plazo legal máximo de no haber pasado más de un año desde la celebración de las subastas. El citado artículo también permite la enajenación directa cuando el adquirente sea una persona jurídica de Derecho público, como ocurre en este caso, pero lo cierto es que en el supuesto resuelto se ha producido vulneración de trámites esenciales del procedimiento: la fecha de la preceptiva tasación excede del plazo máximo de antelación de un año (artículos 32 Estatuto INVIED y 114 Ley Patrimonio AAPP); y no consta que se haya emitido el informe de la Intervención General de la Administración del Estado exigido para las enajenaciones de más de 1 millón de euros por el artículo 32 Estatuto INVIED.

CANCELACIÓN

R. 9 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1582)

Deniega la inscripción de una escritura en la que todos los herederos de los titulares registrales solicitan la cancelación de la inscripción de dominio a favor de éstos (que data de 1906), por resultar “obsoleta y totalmente carente de vigencia”. En fase de impugnación manifiestan también que pretenden inscribir a sus respectivos nombres las distintas fincas rústicas derivadas de la referida finca, tratando de evitar una doble inmatriculación.

Si bien el artículo 82 LH exige para cancelar inscripciones el consentimiento del titular o sentencia firme, este precepto debe interpretarse en congruencia con el resto del ordenamiento, que no considera título cancelatorio bastante el mero consentimiento formal, dado el carácter causalista de nuestro sistema civil.

R. 24 enero 2019 (BOE 45, 21-II-19: 2399)

Deniega la cancelación de una servidumbre de paso para personas, que se pretende en virtud de solicitud privada de los titulares registrales del predio sirviente, quienes alegan que la servidumbre no afecta al resto de finca del que son dueños, sino a una porción que fue segregada de ella en su día como finca registral independiente.

Para cancelar un derecho inscrito es preciso el consentimiento de su titular, que en este caso sería el titular del predio dominante, o en su defecto, resolución judicial en procedimiento seguido contra él (artículo 82 LH).

CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

R. 20 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5295)

Admite la inscripción de una escritura por la que una de las dos condueñas de dos viviendas vende su mitad indivisa a la otra copropietaria, quien presta su conformidad y exonera a la vendedora de su obligación de aportar el certificado de eficiencia energética previsto en el RD 235/2013.

No se conculca ninguno de los dos límites que establece el artículo 6-2 Cc para la renuncia de derechos. En primer lugar, no se contraría el interés ni el orden público, porque no hay norma que prohíba la renuncia a este certificado informativo, como por ejemplo hace el artículo 10 LGDCU respecto de los derechos de los consumidores (la Dirección no prejuzga cuál sería la solución aplicable en caso de que el adquirente fuese consumidor). En segundo lugar, la renuncia tampoco perjudica a terceros, ya que los posibles adquirentes, arrendatarios o usuarios futuros no pierden su derecho, pudiendo exigir la entrega del certificado.

CONCENTRACIÓN PARCELARIA

R. 22 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7057)

Consta inscrita una finca de 632 metros cuadrados con varias edificaciones en su interior que ocupan 210 metros. Ahora se presenta una escritura en la cual: se manifiesta que dicha finca fue aportada a una concentración parcelaria, siendo finca de reemplazo otra que consta inscrita como parcela de 475 metros que tiene enclavadas varias edificaciones; y se solicita la cancelación de la finca de origen y el traslado de las edificaciones existentes en la misma a la finca de reemplazo.

La Dirección lo deniega. Atendiendo al historial registral, al Catastro y al plano de concentración parcelaria, resulta que las edificaciones de la finca de origen no fueron aportadas al procedimiento de concentración, el cual afectó sólo a la superficie no construida. Para conseguir el traslado de las edificaciones solicitado, y estando ambas fincas inscritas a nombre de los mismos titulares, éstos deberán agrupar el resto de finca no aportado a la concentración con la finca de reemplazo, con su preceptiva georreferenciación conforme al artículo 9 LH.

R. 17 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8860)

R. 17 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8861)

Consta inscrita la adjudicación de una finca resultante de concentración parcelaria, en parte como privativa de un cónyuge y en parte como ganancial. Ahora se deniega la inscripción de un documento administrativo emitido por el mismo órgano en el que se rectifica la adjudicación, en el sentido de adjudicar toda la finca como privativa por advertirse que se padeció en su día un error material al no tener en cuenta las capitulaciones matrimoniales en las que se establecía el régimen de separación de bienes y que fueron aportadas en el procedimiento administrativo. Es doctrina reiterada que los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales, y que su rectificación exige el consentimiento del titular registral (artículo 40-d LH) –en este caso el cónyuge que va a perder su derecho sobre la participación inscrita como ganancial- o en su defecto, resolución judicial.

CONFLICTO DE INTERESES

R. 21 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5298)

Suspende la inscripción de una escritura de liquidación de gananciales y partición de herencia, otorgada por uno de los herederos, quien renuncia a la herencia, y por la viuda, quien actúa en nombre propio, optando por el usufructo del tercio de mejora y el pleno dominio del tercio de libre disposición (en lugar del usufructo universal, como opción alternativa dispuesta por el testador), y también en nombre y representación de las otras dos hijas y herederas, cuya

capacidad está judicialmente modificada y están sometidas a patria potestad prorrogada.

Ciertamente es doctrina consolidada la que exige la intervención de defensor judicial para inscribir herencias donde el viudo que a su vez ejerce la patria potestad sobre algún hijo y legitimario, ejercita la facultad concedida en una "cautela socini", optando -por sí y por el legitimario- por el usufructo universal y afectando a los bienes gravados por la legítima del representado. Por el contrario, cuando el viudo opta por el pleno dominio del tercio libre y el usufructo del de mejora, los herederos no tienen que tomar decisión alguna, puesto que no se grava su legítima estricta, sino tan sólo la mejora en los términos establecidos por el Código, sin que por ello exista conflicto de intereses ni haya que nombrar defensor judicial.

Ahora bien, esta doctrina consolidada se refiere sólo al supuesto en que se realice la adjudicación proindiviso de los bienes, pero no cuando -como en el caso resuelto- hay asignación de bienes concretos en la liquidación del matrimonio o en la partición, lo cual ya determina por sí la existencia de conflicto y la necesidad de defensor judicial, con independencia de la opción elegida por el viudo favorecido por la "cautela socini".

CONCURSO

R. 27 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4392)

Deniega la inscripción de una adjudicación derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria, porque cuando se interpuso la demanda la sociedad titular ya había sido declarada en concurso de acreedores, con nombramiento de administración concursal y apertura de la fase de liquidación.

La apertura de la fase de liquidación produce la pérdida del derecho a iniciar la ejecución de garantías sobre bienes y derechos de la masa activa por parte de aquellos acreedores que no hayan ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso (artículos 56, 57 y 155 LC).

R. 15 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5291)

Deniega la inscripción una adjudicación de finca mediante decreto de ejecución de títulos no judiciales. Sucesivamente y por este orden tienen lugar: la subasta en el Juzgado de Primera instancia que conoce de la ejecución; la anotación del concurso en el Registro de la Propiedad (que fue notificada el mismo día por el registrador al Juez de Primera instancia); la adjudicación resultante de la ejecución.

Es regla general la que determina la suspensión de las ejecuciones singulares como consecuencia de la declaración de concurso (artículo 56 LC). El recurrente alega que la teoría del título y el modo debe entenderse cumplida en el momento de la subasta, sin que el ejecutante deba sufrir las consecuencias del retraso en la expedición del decreto de adjudicación. Sin embargo, en las ejecuciones judiciales, la jurisprudencia sitúa el cumplimiento de la citada teoría en el momento de la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, que tiene lugar existiendo título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante).

R. 29 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7075)

Deniega la inscripción de la venta directa de una finca hipotecada, otorgada por el administrador concursal de una sociedad



concurada, habiéndose ya aprobado judicialmente el plan de liquidación, que establece como forma de realización de inmovilizado la venta directa o la subasta pública, a elección del administrador concursal, en los términos y condiciones establecidos en el plan.

No se han cumplido las exigencias establecidas por el artículo 155-4 LC respecto de la venta de bienes hipotecados: el precio no es superior al mínimo pactado (es 4 veces menor al valor de tasación fijado en la escritura de préstamo hipotecario); y no ha habido aceptación expresa del acreedor con privilegio especial.

R. 5 junio 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9485)

Deniega la inscripción de la venta directa de una finca hipotecada, otorgada por el administrador concursal de una sociedad, en ejecución del plan de liquidación aprobado judicialmente. Es necesaria la aceptación expresa del acreedor hipotecario, al no haberse cumplido los requisitos establecidos en el artículo 155-4 LC, toda vez que el precio de venta es inferior al precio pactado (que es el valor de tasación establecido en la escritura de préstamo hipotecario).

CONDICIÓN

R. 16 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1586)

Deniega la reinscripción del dominio a favor de la parte vendedora, que se pretende como consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria consistente en la falta de pago del precio aplazado. Como consecuencia del requerimiento practicado al efecto, la parte compradora formula oposición expresando alegando que puso el dinero del precio a disposición de la parte vendedora, mediante la consignación judicial a requerimiento suyo.

La Dirección recuerda 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 (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 a consignar, por cuanto podría ser objeto de corrección judicial (artículo 1154 Cc).

R. 25 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7071)

Admite la inscripción de una escritura de extinción de condominio, por la que se adjudica a uno de los comuneros toda la finca, y éste compensa a cambio a la otra copropietaria en metálico y se hace cargo del saldo pendiente del préstamo hipotecario que grava el inmueble; pero sometiendo la extinción de condominio a la condición, que se califica de “suspensiva”, de que el banco consienta y apruebe, en un plazo determinado, liberar de cualquier responsabilidad por razón del préstamo a la anterior condueña, reconociendo como único deudor al adjudicatario; de modo que si se incumple la condición, la extinción de condominio no producirá efecto, debiendo la perceptora restituir las cantidades recibidas. El

registrador entiende que, aunque las partes hayan denominado la condición como suspensiva, sus efectos se acomodan más a los de una condición resolutoria.

Sin embargo, entiende la Dirección que mientras no se cumpla la condición, el adjudicatario de la finca -que ya antes era coposeedor- mantiene la posesión total de la finca pero que la no adjudicataria mantiene su posición de dominio. En la parte dispositiva de la escritura se dice que se adjudica “en pleno dominio”, nada se dice de la entrega de la posesión pero, teniéndola ya el adjudicatario, nada se dice en el título que impida la tradición instrumental del artículo 1462 Cc. Partiendo de la necesidad de interpretar las cláusulas de los contratos en el sentido más favorable para que produzcan efecto y haciendo primar el sentido teleológico de lo convenido (artículos 1284 y 1285 Cc), resulta que lo que quiere condicionarse suspensivamente es la transmisión de la propiedad, siendo así que de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina que admiten el pacto de reserva de dominio, no existe ningún obstáculo para ello ni para su inscripción registral.

R. 8 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8185)

Suspende la inscripción de una sentencia que declara la resolución de una compraventa, al amparo del artículo 1124 Cc, por falta de acreditación de haberse consignado el precio en favor del demandado conforme al artículo 175-6ª RH.

Contra la alegación de los recurrentes de que este artículo reglamentario se aplica sólo a las condiciones del artículo 1504 Cc, la Dirección entiende que el artículo 175-6ª RH también se aplica a la resolución basada en el artículo 1124 Cc, ya que, sin perjuicio de reconocer que existen importantes diferencias entre ambas acciones, hay dos aspectos esenciales comunes entre ambos supuestos de resolución: los dos exigen que se haya producido un incumplimiento contractual que legitima la acción resolutoria; y en ambos casos el efecto resolutorio implica la recíproca restitución de las prestaciones entre las partes.

COPIA PARCIAL

R. 16 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1587)

Admite la inscripción de la copia parcial de una escritura de herencia, que omite las deudas del pasivo hereditario así como el inventario y avalúo de determinadas participaciones sociales. El registrador niega a la copia parcial el carácter de auténtica escritura pública (a los efectos del artículo 3 LH, sobre título formal), porque no se refiere a la totalidad del negocio que debe ser objeto de calificación.

La Dirección no comparte el defecto. El artículo 221 RN considera escrituras públicas las copias, las cuales a su vez pueden ser totales o parciales (artículo 221 RN). Ciertamente el título formal deberá contener todas las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria para que el registrador pueda realizar una calificación íntegra, global y unitaria. Pero a falta de una norma que exija copia o transcripción total, dicha exigencia no es incompatible con el carácter parcial de la copia. Si el registrador estimase que el contenido de la copia parcial es insuficiente para calificar, deberá motivarlo expresa y adecuadamente.

DESCRIPCIÓN Y GEORREFERENCIACIÓN DE FINCAS

R. 20 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1024)

Deniega la inscripción de la representación gráfica alternativa a la catastral, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, por entender fundadas las dudas de la registradora sobre la coincidencia de la representación calificada con una finca ya inscrita, a lo cual se añade la oposición de un colindante formulada en el procedimiento.

R. 14 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1585)

Deniega la inscripción de la representación gráfica alternativa a la catastral, mediante el procedimiento del artículo 199 LH, por encontrar fundadas las dudas del registrador en cuanto a la posible invasión de un monte de dominio público. En concreto, existe oposición del órgano autonómico competente, que entiende incluida en un monte público una de las parcelas catastrales incluidas en la representación gráfica alternativa aportada.

La protección del dominio público es principio básico de nuestro sistema registral. Además, el artículo 22 Ley Montes exige informe favorable de la Administración forestal para toda inmatriculación o inscripción de exceso de cabida de un monte o de una finca colindante con monte demanial o ubicado en término municipal en que existan montes demaniales. Toda inscripción de representación gráfica implica rectificar la descripción literaria de la finca, por lo que el artículo citado es plenamente aplicable a este supuesto, donde la superficie resultante de la representación gráfica es superior (en un 3%) a la inscrita.

R. 16 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1588)

Suspende la inscripción de un acta notarial, tramitada conforme a los artículos 201 y 203 LH, para rectificar la descripción de una finca aumentando su cabida en un 157% y modificando un lindero fijo que deja de ser "límite de vía pecuaria" para ser una parcela privada. En virtud del historial registral y de un informe de la Comunidad Autónoma, resultan fundadas las dudas de que el exceso que se pretende registrar correspondan con terrenos que fueron objeto de desafectación como dominio público, venta a una entidad privada y ulterior reparcelación.

Por otro lado, existe también un defecto en la notificación a uno de los colindantes. Es doctrina de la Dirección que, a los efectos de este procedimiento, la forma de realizar las notificaciones a los titulares colindantes y a la persona de la que procede la finca, será la prevista en el Título VI LH, es decir, la del artículo 199 LH: debe ser de forma personal; y si es desconocido alguno de los interesados, si se ignora el lugar de la notificación, o si tras dos intentos no fuera efectiva la misma, se hará mediante edicto insertado en el BOE, sin perjuicio de utilizar en todo caso el sistema de alertas de la regla séptima del artículo 203. Además, no es correcto que el anuncio publicado en el BOE se dirija "a cualquier interesado", sino que debe estar nominalmente dirigido a los interesados en la notificación, pues en otro caso habría una clara merma en sus garantías al no figurar el destinatario de la notificación, dificultando que pueda llegar a su conocimiento.

Esto último es lo que ha ocurrido en el supuesto resuelto: habiendo resultado fallidos dos intentos de notificar a un determinado colindante, se publica un edicto de notificación dirigido, no ya al citado colindante, sino genéricamente a cualquier interesado.

R. 30 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2512)

Admite la inscripción de una representación gráfica georreferenciada alternativa, por la vía del procedimiento del artículo 199 LH, pese a haberse formulado oposición de algún propietario colindante. La Dirección no entiende justificadas las dudas de identidad, pues el registrador se limita a denegar la inscripción como consecuencia de la mera oposición.

La Dirección recuerda su doctrina sobre el procedimiento del artículo 199 LH cuando, en de no corresponderse la realidad física con el Catastro, se aporte, junto con la certificación catastral descriptiva y gráfica, una representación gráfica georreferenciada alternativa (artículo 9-b LH). En este caso la especialidad radica en que habrán de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados, correspondiendo al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio, ya que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien la formula, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa, desvirtuando la propia esencia de este expediente de jurisdicción voluntaria.

R. 7 febrero 2019 (BOE 57, 7-III-19: 3276)

R. 7 febrero 2019 (BOE 57, 7-III-19: 3277)

Suspende la inscripción de un acta notarial de rectificación de descripción de finca tramitada conforme al artículo 201 LH, porque, resultando interesado el Consell de Formentera, que asume las funciones de Ayuntamiento (LO 1/2017 reforma Estatuto balear), no se ha producido una notificación específica al mismo, trámite que el recurrente pretende cumplido mediante la publicación en el tablón de anuncios de dicho organismo del edicto a que se refiere la regla quinta del artículo 203-1. Lo cierto es que la norma permite distinguir entre ambas figuras: el edicto es potestativo, va dirigido genéricamente a los interesados y no tiene por objeto poner en conocimiento del Ayuntamiento el procedimiento correspondiente, por todo lo cual no cumple ni el objeto ni la finalidad de la notificación.

R. 15 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3537)

Desestima el recurso planteado contra la calificación del registrador que desestima la oposición de un colindante a la inscripción de una representación gráfica, pretendida por la vía del artículo 199 LH.

El recurso sólo procede contra calificaciones negativas, de modo que procedería cuando se deniega la inscripción de una representación gráfica, pero no cuando se practica la inscripción, la cual quedaría bajo la salvaguardia de los tribunales. No es procedente, porque entorpecería gravemente el tráfico, que el registrador emita una calificación negativa -por tanto, susceptible de recurso- cuando desestima la alegación de un colindante. Sin embargo en el caso resuelto así se ha hecho por el registrador, con advertencia de los medios de impugnación, por lo cual la Dirección se ve obligada a admitir a trámite el recurso y entrar en el fondo del asunto para evitar la indefensión del colindante recurrente.

Es doctrina constante que corresponde al registrador, decidir motivadamente según su prudente criterio respecto de las alegaciones formuladas por los colindantes, ya que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien la formula, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa, desvirtuando la propia esencia de este expediente de jurisdicción voluntaria. En el supuesto resuelto, no es defec-



to suficiente para impedir la inscripción de la representación gráfica de una finca el hecho de que no conste representada una servidumbre constituida sobre ella, dado que la porción de terreno afectada por el gravamen ya está comprendida en la representación gráfica.

R. 15 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3538)

Admite la inmatriculación de dos terceras partes indivisas de una finca, pese a que en la tramitación del procedimiento notarial del artículo 201 LH consta la oposición de la propietaria de la restante tercera parte -que consta ya inscrita-, quien afirma no consentir la inclusión de la finca en la adición de herencia de la que resultaría la titularidad del promotor, en cuyo inventario acordaron los intervinientes no incluirla dado su escaso valor económico, dejándola pro indiviso hasta que apareciese algún comprador.

A pesar de la oposición, el notario continuó la tramitación del expediente por no entender justificadas tales alegaciones, que la Dirección entiende carentes de la debida justificación, al referirse a un simple acuerdo verbal entre las partes carente de documentación que lo acredite. El recurrente en nada se veía afectado por la pretendida inmatriculación en su condición de cotitular.

R. 18 febrero 2019 (BOE 62, 13-III-19: 3601)

Suspende la inscripción de una segregación de fincas en la que se aporta representación gráfica alternativa a la catastral tanto de la porción segregada como del resto, comprendiendo una serie de parcelas catastrales. También se pretende la rectificación de la superficie de la finca matriz, reduciéndola a la cabida catastral, en una cantidad inferior al 10% de la superficie inscrita. Tramitado el expediente del artículo 199 LH, la Dirección encuentra fundadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca y tiene en cuenta la oposición de los propietarios de determinadas fincas colindantes, en cuanto aprecia un conflicto con posible invasión de las mismas. Las dudas quedan corroboradas con otros datos y documentos obrantes en el expediente; y algunas de las alegaciones de los colindantes también están respaldadas documental y gráficamente. Podrá acudir al procedimiento de deslinde (artículo 200 LH), o al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 21 febrero 2019 (BOE 63, 14-III-19: 3660)

Estima el recurso contra la calificación que deniega la expedición de la certificación registral prevista en el artículo 203 LH. El registrador entiende que la finca a inmatricular procede de otra inscrita y, por tanto, lo procedente es inscribir los títulos que permiten reanudar el tracto. Sin embargo, la Dirección no entiende justificada dicha procedencia, atendiendo a las circunstancias del caso: títulos de adquisición, falta de coincidencia de superficie y linderos...

R. 21 febrero 2019 (BOE 63, 14-III-19: 3662)

Admite la inscripción de una escritura en la que se incorpora la representación gráfica catastral de una finca, se rectifica en consecuencia su descripción disminuyendo su superficie y se declara una obra. Tramitado el expediente registral del artículo 199 LH, consta la oposición de un colindante, quien alega que la construcción se ha efectuado sobre pared medianera vulnerando las normas urbanísticas, pero sin respaldar la alegación con informe técnico o prueba documental alguna. La rectificación pretendida supone una disminución de cabida, de modo que además de no apreciarse invasión de finca

colindante, ni siquiera puede inferirse un aumento de superficie de una finca en detrimento de la otra.

La Dirección recuerda doctrina consolidada sobre el procedimiento del artículo 199 LH: las dudas del registrador, que deben estar motivadas y fundadas en criterios objetivos y razonados; corresponde al registrador decidir motivadamente según su prudente arbitrio en relación a las alegaciones de los titulares colindantes afectados, sin que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien la formula, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa, desvirtuando la propia esencia de este expediente de jurisdicción voluntaria.

R. 21 febrero 2019 (BOE 63, 14-III-19: 3663)

Suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra y división horizontal, en la que previamente se rectifica la superficie del solar donde se ubica el edificio, el cual ocupa toda la finca. Concurren las circunstancias de existir un pequeño incremento de superficie de la finca; y de que, según resulta del informe de validación catastral, la alteración de la perimetría catastral invade la parcela de un colindante, cuya intervención es necesaria.

R. 1 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4538)

Deniega la inscripción de una estipulación, contenida en una escritura de elevación a público de compraventa, por la cual se hace constar que, con independencia de su descripción registral, el local se vende como cuerpo cierto, con la superficie y situación física existente actualmente (que difieren del Registro), según informe técnico y plano que ambas partes firman y se incorpora.

Para la Dirección, de la escritura no resulta solicitada ninguna inscripción distinta de la venta, sin perjuicio de una futura adaptación del Registro a la realidad extrarregistral. La estipulación debatida tiene carácter meramente obligacional y no inscribible (artículo 98 LH).

R. 5 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4540)

Admite la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, pretendida por la vía del artículo 199 LH. El registrador había denegado la inscripción por una posible invasión de dominio público, en particular, un terreno destinado a viales públicos al estar afectados por un determinado sistema previsto en el planeamiento urbanístico, a la vista de un informe topográfico del Ayuntamiento y de las alegaciones de un propietario colindante, quien manifiesta que desde que se urbanizó la zona, ese espacio ha sido destinado a aparcamiento y vial necesario para el acceso de vehículos. Sin embargo, entiende la Dirección que la mera afectación de la finca para ser destinada a viales no implica su carácter demanial antes de producirse el acto formal de cesión y aceptación por la Administración cesionaria, lo cual es además necesario para la determinación de la parte de finca que haya de ser objeto de cesión (artículo 30-4 RD 1093/1997).

R. 20 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5296)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, que se pretende mediante el procedimiento del artículo 199 LH, por entender fundadas las dudas registrales sobre la posible invasión de suelos calificados como viales en el PGOU, lo cual resulta

además corroborado por la oposición que formula la propia Administración municipal.

R. 27 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5785)

Admite la inscripción de una representación gráfica catastral con la consiguiente rectificación descriptiva de la finca, no considerando suficientemente motivadas las dudas de identidad del registrador, basadas únicamente en la circunstancia de haberse inscrito con anterioridad sobre la finca un exceso de cabida.

Con la Ley 13/2015, el criterio de apreciar tales dudas en caso de previa inscripción de excesos, se recoge sólo en el último párrafo del artículo 201 LH para aquellos supuestos en que no es necesario tramitar previamente un expediente de rectificación para la constatación de diferencias de cabida. Para denegar la inscripción de una representación gráfica, las dudas deben referirse a que coincida total o parcialmente con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, o al encubrimiento de un negocio traslativo u operaciones de modificación hipotecaria, nada de lo cual se justifica en la calificación.

R. 28 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5787)

R. 28 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5788)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, que se pretende por la vía del procedimiento del artículo 199 LH. La Dirección encuentra fundadas las dudas de identidad alegadas por el registrador, derivadas de: la procedencia de la finca por segregación; de la presentación simultánea de rectificaciones superficiales de otras porciones segregadas de la misma matriz; y de la existencia de una enorme desproporción entre la superficie inscrita y la de la representación gráfica aportada.

R. 10 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6449)

Como consecuencia de una agrupación de fincas, se inscribe la preceptiva representación gráfica. Tras la comunicación efectuada por el Registro expresando que la agrupación ha quedado inscrita, un colindante estima que la representación gráfica inscrita invade terreno de su propiedad y solicita mediante instancia privada que se paralice la inscripción. La registradora deniega la práctica del asiento de presentación de la instancia y la Dirección lo confirma: inscrita una representación gráfica en uno de los supuestos de inscripción obligatoria del artículo 9 LH, la norma no contempla ulteriores trámites que pudieran conllevar una rectificación de la inscripción practicada, la cual queda bajo la salvaguardia de los tribunales y cuya rectificación exigirá bien el consentimiento del titular registral, bien resolución judicial.

R. 10 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6451)

Es continuación y se refiere al mismo supuesto que la R. 18 octubre 2018, la cual declaró procedente la iniciación del procedimiento de rectificación descriptiva del artículo 199 LH, a pesar de que la ortografía de la parcela mostraba dentro de su perímetro un camino, que el recurrente consideraba privado, pero el registrador tenía la duda de que fuera público. Dicho camino no figuraba ni en el Registro ni en la cartografía catastral, si bien su existencia resultaba de la superposición con la ortofotografía del PNOA (Plan Nacional de Ortofotografía Aérea). Los meros indicios o sospechas de invasión del dominio público, pero sin el refrendo de un pronunciamiento administrativo, no impiden la iniciación del procedimiento, dentro del cual y a la vista

de la intervención de la Administración afectada, el registrador podrá calificar si efectivamente existe o no tal invasión.

Ahora, una vez tramitado el procedimiento del artículo 199 LH, la Dirección mediante este nueva R. 10 abril 2019 considera inscribible la representación gráfica solicitada. Con las actuaciones previstas en dicho precepto han quedado salvaguardados los derechos de la Administración y de los colindantes, quienes no han formulado alegación alguna.

R. 30 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7080)

R. 30 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7079)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, que se pretende por la vía del procedimiento del artículo 199 LH. La Dirección encuentra fundadas las dudas de identidad alegadas por el registrador, derivadas de: la procedencia de la finca por segregación; de la presentación simultánea de rectificaciones superficiales de otras porciones segregadas de la misma matriz; y de la existencia de una enorme desproporción entre la superficie inscrita y la de la representación gráfica aportada.

R. 14 mayo 2019 (BOE 136, 7-VI-19: 8483)

Suspende la inscripción de la representación gráfica catastral de una finca con rectificación de su descripción, que se pretende por la vía del expediente registral del artículo 199 LH. Existe oposición de un colindante que pone de manifiesto una controversia referida a una acequia y un posible paso, de modo que no queda claro si se trata de una verdadera servidumbre que grava la finca del promotor del expediente, o si se trata de una zona que no forma parte de dicha finca, lo cual justificaría la duda del registrador sobre el lindero.

R. 22 mayo 2019 (BOE 138, 10-VI-19: 8596)

Admite la inscripción de una representación gráfica catastral, pese a existir oposición de un colindante, quien alega ser titular de una servidumbre de luces y vistas sobre un patio. Para la Dirección, no es defecto suficiente para impedir la inscripción de la representación gráfica de una finca el hecho de que no conste representada una servidumbre constituida sobre ella, dado que la porción de terreno afectada por el gravamen ya está comprendida en la representación gráfica cuya inscripción se pretende. Y ello sin perjuicio de la conveniencia de delimitar georreferenciadamente una servidumbre descrita en el título y la inscripción, para que quede indudablemente determinada su delimitación y ubicación.

R. 5 junio 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9487)

Admite la inscripción de la agrupación de dos fincas, otorgada después de haberse justificado un exceso de cabida en ambas mediante el procedimiento notarial de rectificación descriptiva del artículo 201 LH. Sin embargo, en la escritura de agrupación se describe una de las fincas -sobre la base de un nuevo informe técnico- con 10 metros cuadrados más respecto de la superficie justificada en el previo procedimiento rectificativo, solicitando al registrador que tramite el procedimiento del artículo 199 LH, en el cual se produce la oposición de un colindante que había sido ya notificado por el notario sin que durante el plazo mensual previsto en el artículo 203 LH hubiese formulado alegación alguna.

El título de agrupación incurre en una contradicción al solicitar la tramitación de un procedimiento cuando ya se había tramitado otro con el mismo objeto. La diferencia de superficie resultante del nuevo



informe técnico es ínfima. Las actas notariales previas deberían haber causado la rectificación descriptiva resultante de las mismas. Por otro lado, el colindante no fundamenta su oposición en una prueba escrita de su derecho.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

R. 13 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3529)

Deniega la inscripción de una escritura de segregación otorgada en 1991, por falta de aportación de licencia municipal -o declaración de innecesariedad-, la cual si bien no era legalmente exigible al tiempo de otorgar la escritura, sí lo es en la actualidad en virtud de los artículos 26-2 LS estatal y 165 Ley Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

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. Para inscribir escrituras de parcelación por antigüedad acreditada fehacientemente podrá estimarse suficiente la declaración administrativa del transcurso de los plazos de restablecimiento de la legalidad o su situación de fuera de ordenación (o similar), procediendo entonces la aplicación analógica del artículo 28-4 LS. Como tal declaración administrativa no resulta acreditada en este supuesto, las alegaciones sobre la antigüedad de la parcelación deberán ventilarse en el seno del procedimiento administrativo y, en su caso, contencioso-administrativo.

Por otro lado, dado que se trata de una finca inscrita como rústica, mientras no resulte acreditada su calificación urbanística de urbana mediante certificación municipal, y resultando parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, el registrador deberá iniciar el procedimiento del artículo 80 RD 1093/1997, correspondiendo a la Administración agraria autonómica la apreciación de alguna de las excepciones del artículo 25 Ley 19/1995.

R. 13 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5286)

Admite la inscripción de una escritura de venta de finca rústica con cortijo a favor de dos nacionales suecos que adquieren por mitad y proindiviso.

El registrador deniega la inscripción sobre la base de la doctrina consolidada que deniega la inscripción de actos en los que, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, existen elementos de juicio reveladores de posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de núcleo de población, que precisaría de licencia o declaración de innecesariedad. Muchos de los supuestos (al igual que el resuelto en este caso) tiene lugar en Andalucía. El artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquéllos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso

o cuotas en proindiviso de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente.

Sin embargo, la Dirección entiende que en supuesto ahora resuelto no existe indicio adicional alguno revelador de una posible parcelación.

R. 11 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6454)

Suspende la inscripción de una escritura de segregación en la que el representante de la entidad compradora de la finca resto consiente expresamente en que no se realicen las actuaciones correspondientes para la inscripción de la representación gráfica de la misma. La finca resto está incluida en la superficie de determinada parcela catastral, la cual también se encuentra parcialmente afectada por la representación gráfica georeferenciada propuesta y con una superficie distinta de la consignada en la escritura de segregación.

Ciertamente es doctrina consolidada la que exige aportar en cada caso sólo la representación gráfica de la porción que es objeto de inscripción en cada momento, sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones. Sin embargo, en este caso lo que se pretende precisamente es la inscripción de un negocio jurídico sobre el resto de finca, lo que encaja en los supuestos en que preceptivamente debe aportarse la representación gráfica conforme al artículo 9 LH, cuya aplicación no puede ser excluida por mera voluntad del interesado. Tampoco es admisible la alegación basada en las diferencias entre división, que genera dos nuevas fincas registrales, y segregación, que produce sólo una nueva finca. Este diferencia es sólo de mecánica registral, pero en todo caso se produce una reordenación de terrenos en la que pasan a existir varias porciones de terreno donde antes había sólo una. Otra interpretación permitiría eludir la previsión legal mediante la simple elección de la técnica de la segregación frente a la de la división.

R. 24 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7067)

Admite la inscripción de una escritura de declaración de obra y compra por parte de tres hermanas solteras residentes en el mismo domicilio, quienes adquieren en proindiviso una finca rústica de casi tres áreas sobre la que se declara una vivienda unifamiliar de tipo rural de unos 68 metros cuadrados construidos.

La Dirección recuerda su doctrina relativa a los supuestos de declaración de obra o transmisión de participación indivisa de finca rústica, donde, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, se discute si hay elementos de juicio reveladores de posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de núcleo de población, que precisaría de licencia o declaración de innecesariedad. El supuesto resuelto se plantea en Andalucía. Y ciertamente el artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística aquéllos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente. Sin embargo, en el caso calificado no hay asignación de uso individual de partes de finca, ni indicio alguno del que se pueda extraer la sospecha de una posible parcelación.

R. 29 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7076)

Suspende la inscripción de una escritura en la que se formaliza una segregación, que incorpora informe de validación gráfica catastral de las fincas resto y segregadas, porque la descripción del título difiere de la resultante del Catastro y de la licencia de segregación.

R. 14 mayo 2019 (BOE 136, 7-VI-19: 8481)

Consta inscrita la declaración de obra de la primera fase de una urbanización de viviendas, indicando que el resto de suelo no edificado se destina a accesos y demás zonas comunes de la urbanización destinadas a todas las fases de viviendas. Ahora se suspende la inscripción de una escritura de cesión en pago de deuda del resto de esta finca resultante tras la declaración de la primera fase, porque la superficie atribuida a ese resto es mayor que la que resultaría del Registro deduciendo la superficie ocupada por las viviendas de la primera fase, de modo que en el resto transmitido se está incluyendo también la superficie destinada a los elementos comunes de la urbanización. Debe concretarse cuál es la parte perteneciente al titular registral tras la ejecución de la primera fase.

R. 20 mayo 2019 (BOE 138, 10-VI-19: 8591)

Suspende la inscripción de una sentencia firme dictada en rebeldía del demandado, por no haber transcurrido los plazos de ejercicio de la acción de rescisión del artículo 524 LEC.

Para que una sentencia dictada en rebeldía sea inscribible, además de ser firme (artículos 3 LH y 245-4 LOPJ), deben haber transcurrido los plazos para ejercitar la rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, que se cuentan desde la notificación de la sentencia: veinte días, si la sentencia se notificó personalmente; cuatro meses, si la notificación no fue personal; dieciséis meses en caso de subsistencia de una causa de fuerza mayor.

DOCUMENTO ELECTRÓNICO

R. 2 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1521)

Deniega la inscripción de una adjudicación derivada de un apremio de la TGSS, por falta de acreditación de los requisitos fiscales (artículos 254-1 y 255 LH). El título es presentado electrónicamente. Se pretende acreditar el cumplimiento de los requisitos fiscales, acompañando un impreso en papel en el que consta su presentación al Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y al Ayuntamiento competente, pero cuyo código seguro de verificación no permite comprobar la autenticidad de la documentación presentada.

La Dirección recuerda su doctrina favorable a la práctica de asientos en virtud de documentos administrativos o judiciales presentados en soporte papel, pero con indicación de que se trata de un documento firmado electrónicamente cuya autenticidad es verificable mediante Código Seguro de Validación. Dado el carácter de funcionario público del registrador, es aplicable al ámbito registral la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, sobre la cual funda su vigencia y eficacia el documento con Código Seguro de Validación, que se configura como firma electrónica. El artículo 30-5 de la citada Ley dispone que las copias en papel de los documentos administrativos emitidos y firmados electrónicamente tendrán la con-

sideración de copias auténticas, siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros códigos de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante acceso a los archivos electrónicos de la Administración emisora. Estas consideraciones son aplicables a los documentos judiciales (artículo 230 LOPJ).

DOCUMENTOS JUDICIALES

R. 6 febrero 2019 (BOE 57, 7-III-19: 3274)

Deniega la inscripción de un testimonio de sentencia dictada en procedimiento ordinario donde se condena a la sociedad demandada a demoler a su costa un edificio por ella construido en la parte que infringe una servidumbre a favor de otra finca.

Se confirman los tres defectos de la calificación: la sentencia no especifica qué asientos u operaciones registrales han de practicarse; existen titulares sobre la finca que no han sido parte en el procedimiento; y por último, habiéndose dictado la sentencia en rebeldía de la demandada, no resulta acreditado que hayan transcurrido los plazos para la interposición de la acción rescisoria por el rebelde, o en su caso, que dicha acción ha sido desestimada.

R. 8 marzo 2019 (BOE 81, 4-IV-19: 4992)

Consta inscrita una permuta de solar por obra futura garantizada con condición resolutoria, así como una posterior anotación preventiva de demanda en un procedimiento en el que se reclamaba la resolución por incumplimiento y en el que se llegó a una transacción homologada judicialmente por la que se pactó sustituir la entrega de obra por una cantidad alzada, de modo que en caso de impago en plazo, la cesionaria se avenía a dar por resuelto el contrato.

Ahora -aunque la inscripción se deniega por falta de firmeza- se considera posible inscribir el auto por el que se despacha ejecución del contenido de la transacción y se ordena que se tenga por resuelto el contrato litigioso, ordenando la cancelación del asiento de permuta y de los posteriores de obra nueva en construcción y división horizontal. No sería preciso un nuevo pronunciamiento judicial, porque ya estamos ante un proceso de ejecución de una resolución -la que homologa la transacción- que declara incumplidas las obligaciones de la cesionaria y contiene directamente una condena (al pago de cantidad o resolución automática en su defecto).

R. 18 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5294)

Deniega la inscripción de un mandamiento que ordena la inscripción de un auto de ejecución de sentencia, el cual tiene por emitida una declaración de voluntad de la parte ejecutada consistente en el otorgamiento de un instrumento público en que son partes ejecutante y ejecutado. No cabe inscribir directamente el mandamiento, sino hace falta escritura pública.

Cuando una resolución judicial condene a emitir una declaración de voluntad, transcurridos 20 días sin que el condenado lo haga, el tribunal emitirá auto teniendo por emitida la declaración si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio (art. 708 Lec). Así, sólo será directamente inscribible el auto cuando se trate de actos unilaterales (ejercicio de opción, cancelación...). En los demás casos, lo único que hace la Lec es permitir al demandante otorgar la escritura por sí solo, sin necesidad de que comparezca el Juez.



R. 3 abril 2019 (BOE 97, 23-IV-19: 6058)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara la titularidad del dominio por usucapión sobre determinadas fincas, porque las mismas aparecen inscritas a favor de persona distinta de los demandados; y también porque, habiendo sido dictada la sentencia en rebeldía de los demandados, no han transcurrido los plazos de posible ejercicio de la acción de rescisión (artículo 602 LEC).

R. 22 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7056)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, al que se adiciona otro decreto dictado como consecuencia de la estimación de un recurso de reposición, consistiendo en la adición en la adjudicación del usufructo del bien a personas distintas del adjudicatario de la nuda propiedad. De una interpretación sistemática de la documentación judicial aportada, debe concluirse la suficiencia y claridad de la adjudicación titulada tanto en el fondo como en la forma.

- R. 23 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7064)
- R. 23 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7062)
- R. 23 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7061)
- R. 23 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7060)
- R. 23 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7059)

Admiten la inscripción de una declaración de obra nueva finalizada, consistente en garaje y piscina, de la que se aportan las coordenadas de la porción de suelo ocupada, sin que sea preciso determinar también las coordenadas de la finca en la que se ubica dicha construcción.

La Dirección recuerda su doctrina. La obligación de georreferenciar la porción de suelo ocupada por la edificación se exige hoy para toda declaración de obra finalizada. En cuanto a la obligatoriedad de georreferenciar la finca sobre la que se alza la obra, entiende la Dirección que la constancia de la misma permite 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. Si la georreferenciación de la finca no consta, es posible que el registrador albergue dudas. 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.

Así, en el caso resuelto, la nota de calificación no expresa ningún motivo para justificar las dudas de que lo edificado se extralimite de la misma. Incluso en el caso de la resolución con número 7059 consta ya previamente inscrita la georreferenciación de la finca y su coordinación descriptiva con el Catastro, lo que permite la comparación geométrica de los recintos y excluye cualquier mínima duda de extralimitación, careciendo de sentido en definitiva volver a inscribir una representación gráfica cuando ya está inscrita.

R. 29 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9478)

Deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de una sentencia firme que reconoce la existencia de un derecho de comodato, sin que se le haya atribuido ninguna de las características de los dere-

chos reales de uso. Aun cuando se le hubiese calificado como precario, tiene vedada la inscripción por ser un derecho personal no asegurado especialmente (artículos 1, 2 y 98 LH).

DOCUMENTOS PRIVADOS

R. 24 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9473)

Deniegan la práctica del asiento de presentación de una instancia privada por la que se solicita que no se practique una anotación preventiva de embargo promovida por una Diputación Provincial.

La mera instancia no cumple las exigencias del principio de titulación pública establecido por el artículo 3 LH. El artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan eficacia registral.

DONACIÓN

R. 27 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5783)

Deniega la inscripción de una escritura por la que unos cónyuges donan a su hija la nuda propiedad de una finca disponiendo: que se reservan el usufructo vitalicio, sucesivo y simultáneo; que prohíben a la donataria disponer de la finca inter vivos durante la vida de los donantes; y que procederá la reversión de la finca a los donantes (artículo 641 Cc) para cualquier caso y circunstancia que no deberán justificar.

La propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal y queda por completo desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes tal y como ha sido configurada. La donación ampara una revocación "ad nutum" con una añadida y tajante prohibición de disponer, cuyo efecto es que los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado mientras vivan. Para el Derecho común, las donaciones "mortis causa" en sentido estricto (no las donaciones "inter vivos" con eficacia "post mortem") se rigen siempre por las reglas de los legados y han de otorgarse en forma testamentaria, siendo esencialmente revocables. Y esto último es lo realmente plasmado en el título calificado.

R. 3 abril 2019 (BOE 97, 23-IV-19: 6057)

En 1977 se otorgó una escritura en la que un particular donó una finca a una comunidad religiosa, calificando la donación como pura y simple, si bien a efectos de pedir la correspondiente exención fiscal se manifestó que lo donado se adquiriría con destino a las finalidades de culto y religiosas del Monasterio, lo cual se hacía constar también en el documento unido por el cual el Arzobispado aprobaba la donación. En la inscripción de este título se hizo constar dicho destino.

En 2018 se emite una certificación registral en cuyo apartado de "cargas, limitaciones y advertencias" se incluye esta indicación de finalidad de la donación. Ahora se pretende la inscripción de un acta notarial actual en la que la parte donataria solicita que se subsane la inscripción de donación, en el sentido de hacer constar que la misma tuvo el carácter de pura y simple, constituyendo la finalidad expresada en el título una mera manifestación fiscal unilateral de la comunidad adquirente, que no merece ser incluida como carga, limitación ni advertencia.

La Dirección entiende que una mera confrontación del título permite apreciar que la donación fue pura y simple, y que la expresión de su finalidad no constituye modo (cuyo incumplimiento permitiría al donante revocar la donación) ni condición resolutoria (que resolvería automáticamente la donación). En consecuencia, revoca la calificación y admite, tanto la rectificación del asiento de dominio, como la expedición de certificación omitiendo toda alusión que pueda inducir a apreciar una donación modal que no existe.

EMBARGO Y APREMIO

- R. 9 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8194)
- R. 9 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8193)
- R. 9 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8192)
- R. 22 mayo 2019 (BOE 138, 10-VI-19: 8597)
- R. 22 mayo 2019 (BOE 138, 10-VI-19: 8598)
- R. 23 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8864)
- R. 23 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8865)
- R. 23 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8866)
- R. 23 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8867)
- R. 23 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8868)
- R. 23 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8869)
- R. 24 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9474)
- R. 24 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9475)
- R. 30 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9479)
- R. 30 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9480)

Suspenden la inscripción de una certificación de acta de adjudicación directa de fincas expedida en procedimiento de apremio ante la Agencia Tributaria. 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. 10 mayo 2019 (BOE 136, 7-VI-19: 8478)

Admite la práctica de un embargo preventivo acordado como medida cautelar por la Agencia Tributaria, a pesar de no haberse realizado la notificación previa al titular registral de la finca trabada que no es el deudor. En general, no cabe anotar un embargo cuando la finca estuviese inscrita a nombre del embargado (artículo 140-1 RH). Ahora bien, sí que está expresamente admitida la posibilidad de acordar medidas cautelares “inaudita parte” para evitar que se frustre el resultado del proceso (artículo 733 LEC), habiendo admitido la R. 1 octubre 2005 la práctica de una anotación de embargo preventivo sin notificación al titular registral en un procedimiento fiscal como el del supuesto. No obstante, el artículo 81 LGT establece que, adoptada una medida cautelar sin previa notificación al afectado, la Administración deberá de notificarle inmediatamente para que pueda defender sus derechos en el procedimiento. Y no será admisible que el embargo preventivo adoptado “inaudita parte” pueda convertirse en embargo ejecutivo o prorrogarse más allá de los seis meses de vigencia inicial, sin que se acredite la oportuna notificación al afectado titular registral de la finca embargada.

EXPROPIACIÓN

R. 17 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1590)

Deniega la inscripción de un acta de pago y ocupación en procedimiento de expropiación forzosa. Del Registro consta que la finca mide 613 metros cuadrados; mientras que lo expropiado son 450 metros. Se ha aportado auto de ejecución de sentencia dictada por el TSJ-Madrid, de donde resulta que lo expropiado es sólo parte de la finca, por lo que es preciso describir la porción expropiada y el resto de finca, junto con la representación gráfica georreferenciada que se identifique con las mismas.

Si por el contrario -como pretende el recurrente- se tratase de una expropiación total previa minoración de la superficie de la finca, lo procedente hubiese sido la rectificación de las actas de pago y ocupación, con intervención de los interesados.

EXPROPIACIÓN

R. 11 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6455)

Deniega la inscripción de un acta de ocupación y consignación del justiprecio en expediente de expropiación forzosa de finca urbana.

El procedimiento expropiatorio se ha seguido sólo con uno de los comuneros de la finca expropiada, y eso sólo hasta que falleció sobrevenidamente durante la tramitación del expediente, sin que se haya acreditado fehacientemente quiénes son sus herederos. Tampoco intervienen los demás cotitulares ni sus causahabientes, algunos de los cuales ni siquiera han llegado a ser identificados nominalmente. Dichas ausencias tampoco han sido suplidas por el Ministerio Fiscal, quien no ha comparecido.

Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 87 Ley 2/2001 de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria dispone que la aprobación de los planes urbanísticos implicará la declaración de necesidad de ocupación de los terrenos a los efectos de su expropiación, debe tenerse presente la exigencia del artículo 24-1 RD 1093/1997 que, cuando la Administración opte por la inscripción individualizada de las fincas incluidas en la unidad expropiada, impone que el título inscribible sea el acta de ocupación y pago, conforme a lo dispuesto en la legislación general sobre expropiación forzosa, lo cual incluye el trámite de información pública. En este caso, no consta que el acuerdo de necesidad de ocupación se haya publicado en el Boletín Oficial de Cantabria y se haya fijado en el tablón de anuncios del Ayuntamiento.

HIPOTECA

CANCELACIÓN

R. 9 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1524)

Admite la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda en la cual el notario: reseña los poderes en cuya virtud actúan los representantes de la entidad de crédito adquirente; expresa juicio de suficiencia del poder para la admisión de bienes en pago de deudas en los términos de la escritura; expone la extinción por confusión de la hipoteca que garantizaba la deuda; y -ya en la parte dispositiva- solicita del registrador que cancele la hipoteca.



Para la Dirección el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas permite también practicar la cancelación. Al producirse una confusión completa, la hipoteca ha quedado extinguida, de modo que la extinción no resulta de instancia, sino del propio historial registral, que publica una misma titularidad para el dominio y la garantía (artículo 1192 Cc y S TS 18 junio 2010). Este supuesto guarda parecido con el de instancia privada de cancelación por transcurso del plazo del párrafo 5º del artículo 82 LH, en el cual la extinción del derecho resulta del propio Registro. Por tanto, extinguida la hipoteca por confusión, basta la rogación contenida en el título pidiendo la cancelación.

R. 6 febrero 2019 (BOE 57, 7-III-19: 3273)

Deniega la cancelación de una hipoteca cambiaria, respecto de la cual ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción hipotecaria. La cancelación no ha sido solicitada por la actual titular registral, sino por la anterior titular que le transmitió en su día. Pese a que el solicitante invoca el artículo 210-1 LH, este precepto no resulta aplicable, porque en el Registro constan las fechas de vencimiento de las letras de cambio garantizadas. La vía de cancelación aplicable es la del párrafo quinto del artículo 82 LH, el cual exige solicitud del titular registral.

En efecto, la Dirección recuerda el diferente ámbito de ambos supuestos. La cancelación por prescripción permitida por el artículo 82-5º LH se refiere solamente a la cancelación de hipotecas en garantía de cualquier tipo de obligación y de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas; y tiene carácter de excepción a la regla general que exige el consentimiento del titular registral para la cancelación, por lo cual debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por otro lado, el artículo 210-1-8ª LH tiene un ámbito más amplio: las inscripciones de garantías reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago, podrán cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan pasado 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 de titularidad de la garantía (plazos, no ya de prescripción de la acción, sino de caducidad del asiento).

R. 8 marzo 2019 (BOE 81, 4-IV-19: 4993)

R. 8 marzo 2019 (BOE 81, 4-IV-19: 4994)

Deniega la cancelación por caducidad de sendas hipotecas de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito a favor de un banco. En las escrituras de hipoteca, otorgadas e inscritas en 2001 (la del número 4993) y en 2007 (la del número 4994), se estipula que la duración del crédito es de diez años, fecha en la que quedará totalmente amortizado.

Es doctrina consolidada que, a efectos de cancelación, debe distinguirse entre: plazo de duración del derecho de hipoteca, de modo que sólo durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho por caducidad una vez vencido dicho plazo (párrafo segundo del artículo 82 LH); y plazo dentro del cual puede surgir la obligación garantizada, de modo que, nacida la obligación en plazo, la acción hipotecaria puede ejercitarse mientras la misma no prescriba legalmente (párrafo quinto del artículo 82 LH). La cancelación convencional automática sólo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de modo nítido y manifiesto.

Así, en el supuesto resuelto, no se ha establecido un plazo de caducidad convencional de la hipoteca -que permitiría su cancelación actual-, sino simplemente un plazo de vencimiento del crédito, de mo-

do que la caducidad se regirá por la norma general del artículo 82-5º LH y sólo procederá a partir de los 21 años desde el vencimiento de la obligación garantizada.

CONSUMIDORES

R. 12 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 87)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario donde: el prestamista es una persona física dedicada profesionalmente a la concesión de préstamos e inscrita en el Registro previsto por la Ley 2/2009; las prestatarias e hipotecantes son dos personas físicas; y la finca hipotecada es una vivienda que no constituye domicilio habitual de las mismas. Por tanto, resulta aplicable la legislación de protección a consumidores y usuarios.

La Dirección rechaza varios defectos de la calificación. Es admisible que se anexe la oferta vinculante -inicialmente omitida- mediante diligencia subsanatoria suscrita sólo por el notario a los efectos del artículo 153 RN, sin necesidad de nuevo consentimiento de todas las partes contratantes, que no es exigido por ninguna norma, si el requisito de información precontractual fue verdaderamente cumplido y se trata sólo de una omisión formal en la confección de la escritura.

Por otro lado, el registrador entiende que el préstamo es nulo, por suponerse recibida una cantidad superior a la verdaderamente entregada (supuesto de "préstamo falsificado" que el artículo 1-2 Ley Azcárate 1908 declara nulo), fundamentalmente por la retención de los importes correspondientes al pago anticipado de una anualidad de intereses, comisión de apertura, costes de intermediación, gastos de formalización (notaría, inscripción, impuesto...) y cantidades destinadas al pago del saldo deudor para la cancelación de hipotecas preferentes. La S TS 18 junio 2012 entiende imposible la aplicación conjunta o integrada de las normativas sobre usura y sobre consumidores, por tratarse de controles diferentes: los préstamos usuarios se consideran ilícitos o inmorales, produciéndose el radical efecto de la nulidad del contrato mismo y de sus garantías; mientras que el control de abusividad depende del dato objetivo del desequilibrio resultante para el deudor, y su efecto es la ineficacia sólo de la cláusula abusiva que no sea susceptible de integración ni moderación.

En el supuesto calificado, la Dirección admite, y considera equivalentes a la entrega al deudor, los pagos hechos a terceros por obligaciones propias de aquél: la comisión de intermediación (que es el precio de un contrato suscrito por el deudor y el intermediario financiero distinto del préstamo, por lo que no tiene por qué constar en la FIPER ni es calificable); y los pagos para la cancelación de hipotecas previas. También se admite el cobro de intereses antes de su vencimiento, que es práctica habitual por ejemplo, en el "sistema francés" en la amortización de préstamos (en cuya virtud la cuota constante incluye durante los primeros años una cantidad bastante mayor de intereses que de capital). El pago anticipado de intereses es un sistema más de amortización y tampoco implica entrega de cantidad inferior a la pactada.

Ahora bien, la inscripción se deniega por defectos relativos a la comisión de apertura y a los gastos de formalización. En general, la comisión de apertura es válida siempre que su importe corresponda realmente a un gasto o servicio del banco en la concesión del préstamo, solicitado o aceptado expresamente por el prestatario; la apreciación de todo lo cual queda al margen de la calificación registral. Pero en el

supuesto concurren circunstancias especiales: la comisión de apertura no consta como pactada ni en la oferta vinculante ni en la escritura; y ha sido percibida por un tercero ajeno a la concesión del préstamo. Para inscribir la hipoteca es necesario que se aclare en qué concepto fue recibido ese importe por el tercero. En caso contrario, tal cantidad deberá ser entregada efectivamente al prestatario.

En cuanto a los gastos de formalización del préstamo: el artículo 89-2 y 3 LGDCU considera abusiva la imposición al consumidor de gastos que por ley correspondan al empresario; la jurisprudencia rechaza la atribución indiscriminada de todos los gastos e impuestos al prestatario, pero admitiendo una distribución equitativa de gastos, lo cual presupone una negociación; por otro lado, es normal que los distintos conceptos de gastos de formalización no aparezcan individualizados en sus respectivas cuantías en la oferta vinculante, pues la determinación exacta de las mismas corresponde a operadores independientes, de modo que la cifra retenida suele tener la consideración de “provisión de fondos” sujeta a devolución en cuanto al sobrante. En el caso resuelto, se declara entregada cierta cantidad en pago de gastos de AJD, notaría, inscripción, etc... Debe rechazarse la inscripción de la hipoteca si no se aclara que los pagos realizados lo son en concepto de provisión de fondos y que sólo cubrirán la parte de gastos que legalmente sean de cuenta del consumidor, excluyendo los inimputables al mismo (como los registrales).

R. 13 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 93)

Suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario cuyo prestamista es una persona física quien manifiesta que no ejerce profesionalmente dicha actividad, si bien la consulta de la registradora al Servicio de Interconexión entre Registros acreditativa de tener inscritas a su favor seis hipotecas en diversos distritos, constituye prueba objetiva que enerva la manifestación del prestamista. En consecuencia, deben cumplirse las exigencias de la Ley 2/2009, relativas a la transparencia contractual, inscripción en el Registro Público especial de prestamistas profesionales, y suscripción de un seguro de responsabilidad civil o aval bancario.

En cuanto al prestatario, procede atribuirle en este supuesto la condición de consumidor: la finca hipoteca constituye su vivienda habitual; y de la escritura resulta que la finalidad del préstamo es refinanciar un préstamo anterior con el objeto de evitar la ejecución de la finca hipotecada.

R. 3 junio 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9482)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario, desestimando los tres defectos de la calificación.

No consta que se haya pretendido eludir la aplicación de la Ley 2/2009 mediante un fraude de ley. Ciertamente el prestamista es una persona física que actúa a través de una sociedad de intermediación financiera, la cual según el registrador es la verdadera prestamista. Sin embargo, entiende la Dirección que los medios de calificación son limitados y faltan datos objetivos en la propia escritura que permitan justificar tal afirmación; y que en todo caso, consta en la escritura que se han cumplido los requisitos de transparencia material y que la sociedad intermediaria sí cumpliría con los requisitos de inscripción en registro especial y constitución de seguro exigidos por la Ley 2/2009.

El segundo defecto va ligado anterior. De considerarse que la intermediaria es la verdadera prestamista, la comisión de interme-

diación que se establece a su favor no respondería a un servicio de intermediación efectivamente prestado. Pero ya hemos visto que la Dirección no considera justificada esa afirmación.

Por último, la atribución de los gastos de notaría, Registro y gestión al prestatario, se manifiesta en el título como fruto de una negociación expresa de las partes. El supuesto es anterior a la vigencia de la Ley CCI 5/2019.

DE MÁXIMO

R. 22 febrero 2019 (BOE 63, 14-III-19: 3666)

Suspende la inscripción de una escritura de hipoteca de máximo en garantía de la devolución de un crédito que permite al acreditado realizar reembolsos anticipados y nuevas disposiciones del capital ya amortizado. Tanto los acreedores como los deudores son personas físicas no profesionales; y lo hipotecado es un cortijo que no constituye vivienda habitual. Para la Dirección se trata de una hipoteca de máximo constituida en garantía del saldo de una cuenta corriente de crédito del artículo 153 LH.

La inscripción se deniega por no haberse pactado ninguno de los sistemas de determinación del saldo exigible impuestos legalmente para la utilización del procedimiento de ejecución judicial directo y el de venta extrajudicial, sin que sea posible la inscripción parcial de la hipoteca en tanto no haya solicitud expresa de los interesados, por constituir las cláusulas sobre ejecución un elemento delimitador del contenido esencial del derecho de hipoteca.

A efectos del procedimiento de ejecución ordinaria, las partes pueden pactar cualquier sistema de fijación del saldo exigible, incluyendo la liquidación por el acreedor (artículo 572-2 LEC). Pero para poder utilizar el procedimiento judicial directo (artículos 129 y siguientes LH), tratándose de un acreedor que no es entidad de crédito, es preciso pactar el sistema de libreta de ejemplares duplicados (153), sin perjuicio de ser también admisible que el saldo exigible conste en escrito firmado por las partes en los términos en general exigidos por el artículo 238 RH para las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones futuras. Sólo las certificaciones de las entidades de crédito gozan de presunción de veracidad, por estar sometidas al control y supervisión del Banco de España.

En cuanto al procedimiento de venta extrajudicial, debe pactarse expresamente que sólo podrá utilizarse para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, sin que baste la mera remisión genérica a la legislación hipotecaria vigente. Por otro lado, dado que este procedimiento sólo puede pactarse respecto de hipotecas cuya cuantía aparezca inicialmente determinada (artículo 235-1 RH), la inscripción del pacto que lo prevea en hipotecas de máximo sólo será posible si las partes determinan en la escritura de constitución la forma en que se hará constar en el Registro la existencia y cuantía de la obligación futura mediante la nota marginal de los artículos 143 LH y 238 RH.

EJECUCIÓN

R. 20 febrero 2019 (BOE 62, 13-III-19: 3604)

R. 22 febrero 2019 (BOE 63, 14-III-19: 3667)

Deniegan la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, donde, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante soli-



citó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, la cual es 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.

R. 6 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4542)

Deniega la inscripción de una adjudicación derivada de un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. Habiendo fallecido uno de los hipotecantes antes de la interposición de la demanda, el órgano judicial acordó el archivo de actuaciones respecto del mismo, al no haber podido ser parte ni en consecuencia haber podido tener lugar su sustitución procesal (artículo 16 LEC), si bien no se acordó la nulidad de actuaciones ni se decretó la imposibilidad de continuar el procedimiento, al no apreciarse indefensión, dejando a salvo el derecho del ejecutante de presentar nueva demanda contra los herederos del deudor fallecido. Entiende la Dirección que, para salvaguardar los derechos del titular registral y respetar el principio de tracto sucesivo, lo procedente habría sido interponer la demanda contra los herederos del titular registral o en su caso, contra su herencia yacente.

R. 6 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4545)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en lo relativo a la estipulación sobre procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, a pesar de que, gravando la hipoteca dos fincas registrales -vivienda y garaje-, entiende el registrador que no basta con que la cláusula fije como domicilio para requerimientos y notificaciones la finca hipotecada -en singular-, sino que debe determinarse a cuál de las dos fincas hipotecadas se está señalando. La Dirección entiende que la interpretación más correcta y beneficiosa, no sólo para el acreedor sino especialmente para el deudor, es entender que el domicilio fijado es el de la vivienda.

R. 22 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5301)

R. 28 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5786)

R. 5 abril 2019 (BOE 98, 24-IV-19: 6128)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado 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.

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.

R. 29 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5791)

Deniega la inscripción del decreto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas resultantes de un procedimiento

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 S TC 79, de 8 abril 2013.

EJECUCIÓN

R. 24 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7068)

Suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de remate en procedimiento de ejecución extrajudicial. La hipoteca ejecutada garantiza un crédito en cuenta corriente; y en su inscripción se recoge el pacto de venta extrajudicial, pese a no constar referencia alguna a la acreditación y fijación del saldo deudor (lo cual incumple la doctrina de la Dirección, la cual permite aplicar a estos efectos el sistema de nota marginal de los artículos 143 LH y 238 RH; si bien se trata de un asiento que está bajo la salvaguardia de los tribunales, sin que el recurso sea cauce apropiado para cuestionar su validez).

El registrador deniega la inscripción, entendiéndolo que para poder ejecutar extrajudicialmente la hipoteca, será necesario hacer constar previamente en el Registro la existencia y cuantía de la obligación mediante los tres documentos a que se refiere el artículo 573 LEC: documento que exprese el saldo concreto de la liquidación efectuada por el acreedor, con el extracto de las partidas de cargo, abono y aplicación de intereses; documento fehaciente que acredite haberse realizado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo; y documento de notificación de la cantidad exigible al deudor.

La Dirección confirma la calificación negativa. Los artículos 153 LH y 245 RH permiten la determinación del saldo mediante certificación contable de la parte acreedora, pero sólo cuando se trate de entidades de crédito. En el caso de hipotecas en garantía de obligaciones cuya determinación deba pactarse, no hay una regulación legal que establezca qué título es suficiente para determinar la deuda y permitir al acreedor acudir a este procedimiento. No obstante, tratándose -como en este caso- de hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, el pacto de determinación bien podría referirse supletoriamente al certificado bancario del saldo líquido exigible en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas (artículo 245 RH) y al documento fehaciente de liquidación (artículos 573-1-2º LEC y 218 RN). Pero dada la inexistencia de acuerdo previo en la hipoteca del supuesto, deberá acreditarse el consentimiento expreso del deudor a la determinación de la cantidad exigible por este sistema.

R. 25 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7070)

Deniega la inscripción de un decreto 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 notablemente 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.

R. 8 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8189)

Considera inscribibles los pactos de ejecución de una hipoteca sobre vivienda unifamiliar en construcción (y por tanto la hipoteca misma, a falta de consentimiento del acreedor para la inscripción parcial) cuando se ha fijado como tipo de subasta el “valor hipotético una vez se haya terminado la obra nueva” que se fija en el certificado de tasación oficial.

Así como existe el límite de que el valor de tasación a efectos de subasta no puede ser inferior al 75% del valor de tasación oficial (artículo 129 LH), no hay norma alguna que imponga imperativamente un límite superior a la tasación para subasta determinado a partir de la tasación oficial. Ciertamente la normativa reguladora del mercado hipotecario (Ley 2/1981 y Orden ECO 805/2003) establecen límites en el sentido de que el importe del préstamo no debe superar un determinado porcentaje (60-80-95%, según los casos) del valor de tasación del bien; pero estas limitaciones no rigen para cualquier hipoteca, sino sólo para las que puedan servir de respaldo a la emisión de bonos o cédulas hipotecarias.

MOBILIARIA

R. 21 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1030)

Suspende la inscripción de una hipoteca mobiliaria sobre maquinaria industrial (paneles y otros equipos para la generación de energía eléctrica fotovoltaica), porque habiéndose pactado el procedimiento ejecutivo del artículo 681 y siguientes LEC, no se presenta el correspondiente certificado de tasación.

La parte recurrente no lo considera exigible por entender que una hipoteca no recayente sobre inmuebles no puede servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios. Sin embargo, la Dirección sí lo considera obligatorio, tras repasar la reciente evolución legal al respecto.

El artículo 8 RD 716/2009 que desarrolla la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario, impuso que el tipo de subasta a efectos de ejecución sea como mínimo el valor de tasación, pero exclusivamente en relación con las hipotecas constituidas conforme a la normativa del mercado hipotecario, que son las que pueden servir como base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios. Lo que se pretende es proteger a los inversores del riesgo de la sobretasación del bien hipotecado.

La Ley 1/2013 quiso además proteger al deudor hipotecario del riesgo de infravaloración del bien en caso de ejecución, dado que en la actual crisis es habitual que la subasta quede desierta y el acreedor se adjudique el bien por un porcentaje del valor de tasación de subasta. Por ello reformó el artículo 682 LEC en el sentido de exigir, como requisito para poder inscribir el pacto y ejercitar el procedimiento de ejecución directa o la venta extrajudicial de toda hipoteca, la tasación de la finca conforme a la normativa reguladora del mercado hipotecario y que el

valor de subasta no sea inferior al 75% de aquélla. La Ley no distingue entre hipotecas que puedan servir o no de cobertura a una emisión de títulos, ni tiene en cuenta la naturaleza del acreedor hipotecario.

Por otro lado, la Ley 19/2015 reformó levemente la citada regla en el sentido de añadir la siguiente expresión entrecomillada al requisito de que el valor de subasta no puede ser inferior al 75% del valor de tasación que “en su caso” se hubiese realizado conforme a la legislación del mercado hipotecario. La Dirección interpretó “en su caso” en el sentido de entender que la tasación y el respeto del límite porcentual se imponen en todo caso (con independencia de que la tasación sea voluntaria, u obligatoria por cubrir una emisión de títulos), pero admitiendo que pueda ser realizada por entidad no homologada cuando la hipoteca carezca de aptitud para servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios.

Por último, la disposición derogatoria única de la LEC-2000 eliminó las especialidades de ejecución contenidas en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, quedando como única regulación en la materia la de los artículos 681 y siguientes LEC sobre ejecución directa de bienes hipotecados. No se trata de una norma de aplicación supletoria, sino de aplicación directa en virtud de remisión. Además, tras su reforma por Ley 41/2007, el artículo 8 LHMPSD establece que los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento podrán servir de cobertura a las emisiones de títulos del mercado secundario.

NAVAL

R. 14 diciembre 2018 (BOE 95, 3-I-19: 95)

R. 14 diciembre 2018 (BOE 95, 3-I-19: 96)

Consta inscrita en el Registro de Bienes Muebles una hipoteca naval, de conformidad con la Ley 21 agosto 1893, incluyendo el pacto de venta extrajudicial ante notario. Ahora se admite la expedición de la certificación prevista en el artículo 236 RH, solicitada por notario requerido para tramitar dicho procedimiento de ejecución.

La posibilidad de ejecución extrajudicial de la hipoteca naval nunca ha sido cuestionada, a pesar de que la LHN-1893 no contemplaba dicha posibilidad. Lo cierto es que hasta el Reglamento Hipotecario de 1915 el pacto de venta extrajudicial no tuvo reconocimiento normativo alguno, ni siquiera en el ámbito inmobiliario. Por otro lado, es doctrina jurisprudencial y registral que el pacto de venta extrajudicial no atenta contra el monopolio jurisdiccional de jueces y tribunales y se trata de un pacto lícito que coadyuva al desenvolvimiento del derecho. No existe argumento que permita excluirlo del contenido de la hipoteca naval, como no existió en su momento cuando, sin estar contemplado en la Ley de 1893 constituía cláusula frecuente y así se inscribía.

Actualmente la cobertura legal de la venta extrajudicial resulta del artículo 144 Ley Navegación Marítima 2014, que remite como derecho supletorio a la Ley Hipotecaria.

R. 26 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1035)

El título calificado por el registrador de Bienes Muebles es una póliza por la que se constituye una hipoteca naval en garantía de un préstamo.

Se rechaza el defecto de la calificación consistente en denegar la inscripción de los pactos relativos a la venta extrajudicial ante no-



tario, por los mismos argumentos seguidos en las dos resoluciones anteriores.

Sin embargo, se confirma la calificación en cuanto deniega la inscripción del pacto en virtud del cual el acreedor, en caso de impago, puede hacer suya la cosa hipotecada o cederla a un tercero en función del valor que se le atribuye (“pacto marciano”). Aunque, sobre la base del artículo 1859 Cc, la jurisprudencia ha declarado repetidamente la nulidad del pacto comisorio -entendido como cualquier construcción jurídica en cuya virtud el acreedor pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía en caso de incumplimiento-, 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. 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) por último, 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.

Lo que ocurre en relación al concreto pacto marciano calificado es que, siendo válido por incluir criterios para determinar el precio o valor de mercado de forma objetivamente razonable, no es inscribible porque no se garantizan adecuadamente los derechos de terceros adquirentes de derechos sobre el buque, por ejemplo estableciendo la consignación judicial o notarial del sobrante del precio obtenido.

NOVACIÓN

R. 9 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8191)

Admite la inscripción de una escritura de modificación de préstamo hipotecario en la cual todas las partes interesadas (prestamista, prestatario e hipotecante no deudor) manifiestan su intención de sustituir la finca inicialmente hipotecada por otra perteneciente al prestatario, para lo cual otorgan: la cancelación de la hipoteca inscrita; la constitución de hipoteca sobre la nueva finca; y la conservación de la vigencia del préstamo hipotecario inicial -a cuyo contenido se remiten- en cuanto no resulte ahora modificado.

La registradora deniega la inscripción porque, cancelada la hipoteca, se presume extinguido el derecho y por ello no cabe que la escritura de préstamo hipotecario conserve su vigencia y las partes se remitan a ella, ni que la garantía mantenga su prioridad y demás consecuencias jurídicas.

La R. 20 octubre 1998 estimó que la novación objetiva de una hipoteca tiene carácter extintivo. Así como en el ámbito de los derechos de crédito la novación modificativa es regla general (artículo 1204 Cc), en el ámbito de los derechos reales -cuyo objeto es un determinado ámbito de poder sobre la cosa- la regla debe ser la contraria, de modo que la sustitución del bien implicará el nacimiento de un nuevo

derecho con extinción del anterior, lo cual resulta corroborado por las siguientes consideraciones: la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes al cumplimiento de la obligación (artículos 104 LH y 1876 Cc); su inscripción tiene carácter constitutivo (artículos 145 LH y 1875-1 Cc) y otorga un determinado rango registral (artículo 17 LH).

Ahora bien, en el supuesto resuelto las partes no pretenden llevar a cabo una simple modificación objetiva de la hipoteca inscrita consistente en subrogar una finca en la posición de otra (como ocurría en la R. 20 octubre 1998), sino que realizan los negocios de cancelación de la hipoteca inscrita y de constitución de nueva hipoteca sobre otra finca, que resultan plenamente adecuados y procedentes con todo lo expuesto.

SUBROGACIÓN

R. 2 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1517)

El título calificado es una compraventa en la que se pacta que la parte compradora se subroga en la responsabilidad real derivada de la hipoteca que grava la finca, así como también en la obligación personal, si bien advierte expresamente el notario que para esto último hará falta el consentimiento expreso o tácito del acreedor. El registrador inscribe sólo la venta y la subrogación real. Ahora se interpone recurso por no haberse inscrito la subrogación personal.

La Dirección lo desestima: el recurso contra calificación registral procede sólo contra calificaciones negativas; pero no puede tener por objeto otras pretensiones, como cuestionar la forma de practicar los asientos o la aplicación del arancel a las operaciones practicadas. En este caso no ha habido calificación negativa, sino inscripción del título en los términos recogidos en el mismo. Aunque se haya pactado la asunción de la obligación personal por los compradores (artículo 118-1 LH), tal efecto es sólo contractual mientras no ratifique el acreedor.

R. 24 enero 2019 (BOE 45, 21-II-19: 2401)

Admite la inscripción de una escritura de subrogación de banco en préstamo hipotecario (Ley 2/1994), donde las partes se remiten, en cuanto a las concretas cláusulas modificadas, a la oferta vinculante que se incorpora firmada por ellos. La registradora exige que los otorgantes detallen en la escritura -y no por remisión- los pactos de trascendencia real que se modifican.

La Dirección recuerda su doctrina sobre el valor jurídico de los documentos incorporados a las escrituras matrices. Cuando las partes reconocen en escritura pública un negocio celebrado antes en documento privado, si la escritura de reconocimiento se otorgan por quienes ahora aparecen con capacidad y poder dispositivo para realizar los actos modificativos o traslativos a que se refiere el reconocimiento, tales actos adquieren por la escritura, forma suficiente para su inscripción.

UNILATERAL

R. 27 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5784)

Admite la cancelación de una hipoteca unilateral a favor de la TGSS, cuya aceptación no consta en el Registro. Actualmente la sociedad hipotecante se halla en concurso. A los efectos del artículo 141 LH, en la escritura de cancelación se inserta copia de la notificación realizada por los administradores concursales de la sociedad hipotecante a la TGSS -mediante burofax con acuse de recibo presentado

en el registro de entrada- para que acepte la hipoteca en el plazo de dos meses, con advertencia de que procederá a cancelarla si no hay aceptación en plazo.

La forma de la notificación era la correcta en el momento en que se hizo (artículo 38-4 de la entonces vigente Ley 30/1992; si bien hoy resultaría de aplicación la vigente Ley 39/2015, que impone la forma electrónica para este tipo de notificaciones cuando son de personas jurídicas a Administraciones públicas).

También se rechaza el argumento del registrador de que, al estar la sociedad hipotecante en concurso, podría haber ocurrido que la TGSS hubiese comunicado en el procedimiento concursal la existencia del crédito, lo que equivaldría a una aceptación tácita de la hipoteca. Lo cierto es que el artículo 141 LH prevé imperativamente la forma en que debe reflejarse la aceptación de la hipoteca unilateral: si no se practica la nota marginal de aceptación antes de dos meses desde el requerimiento, el hipotecante podrá cancelar la hipoteca con independencia de una posible aceptación extrarregistral expresa o tácita.

R. 20 mayo 2019 (BOE 138, 10-VI-19: 8592)

Confirma la calificación que acordaba inscribir una constitución de hipoteca unilateral a favor de la Agencia Tributaria, pero acordaba también suspender la inscripción del tipo de subasta por haberse aportado un certificado de subasta caducado.

En general: la fecha de emisión de un certificado de tasación no puede ser posterior en más de dos meses a la fecha en que se haya efectuado la última inspección ocular del bien valorado; y además el certificado de tasación caducará a los seis meses desde la fecha de su emisión (artículo 62 Orden ECO/805/2003). No obstante, al tratarse de hipoteca a favor de un organismo público, si se acreditase con certificado oficial de dicho ente que el expediente con esa tasación se ha aprobado antes de la caducidad del certificado, podría entenderse que el mismo no ha caducado.

Por lo demás, es correcto inscribir la hipoteca sin reflejar el certificado de tasación, porque en las hipotecas a favor de la Agencia Tributaria no es precisa la tasación para subasta realizada por entidad homologada prevista en el artículo 682-2 LEC. Esto es así porque tales hipotecas son realizables a través del procedimiento de apremio propio de la Hacienda Pública, que no impone el requisito del tipo de tasación como requisito constitutivo.

INMATRICULACIÓN

R. 7 noviembre 2018 (BOE 21, 24-I-19: 827)

Admite una inmatriculación pretendida mediante escritura de donación precedida, como título de la parte transmitente, de una escritura de herencia otorgada nueve meses antes, pero referida a una causante fallecida hace más de un año.

La Dirección recuerda su doctrina sobre los requisitos del artículo 205 LH tras la Ley 13/2015: debe haber dos títulos públicos (no simple documento fehaciente); el título público a inmatricular debe ser traslativo; la adquisición previa (y no necesariamente el título que la documente) debe haberse producido al menos un año antes del título inmatriculable. Así, en caso de que el título inmatriculable sea una transmisión cuyo antetítulo sea de herencia, el plazo de un año

del artículo 205 LH se computa desde el fallecimiento del causante de la herencia, ya que: los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde su muerte (657 Cc); los efectos de la aceptación y la repudiación de la herencia se retrotraen al momento de la muerte del causante (artículo 989 Cc); la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (artículo 404 Cc).

Por otro lado, en este supuesto se desestima el defecto de la calificación consistente en negar que la finca tenga carácter privativo de la causante, sobre la base de que, según la certificación descriptiva y gráfica incorporada, la finca está catastrada a nombre de su esposo. El Catastro es una institución cuya finalidad no es la publicidad a efectos jurídicos de las titularidades inmobiliarias. También se desestima la exigencia registral de que se aporte el título de adquisición de la causante, ya que el artículo 205 LH no exige acreditar tres títulos diferentes.

R. 23 enero 2019 (BOE 45, 21-II-19: 2398)

Deniega la inmatriculación, pretendida por la vía del artículo 205 LH, de una finca que se describe en el título como colindante por tres vientos con el cauce de un río. Del informe de la Confederación Hidrográfica instado por el registrador resulta la posible invasión de un barranco.

La Dirección entiende fundadas las dudas del registrador sobre la posible invasión del dominio público, así como su actuación de practicar la notificación y obtenido el informe de la Administración competente previstos en el párrafo tercero del artículo 205, cuya oposición supone la denegación de la inmatriculación pretendida. La protección del dominio público -inscrito o no- es una constante de nuestra legislación hipotecaria y, en particular, es uno de los objetivos de la Ley 13/2015.

R. 24 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7066)

Admite la inmatriculación de una finca rústica mediante título de permuta, por la vía del artículo 205 LH, no entendiéndose fundadas las dudas registrales de identidad, basadas únicamente en el hecho de que el número de parcela y polígono de la finca descrita en el título coincide con el de otra que consta inscrita con superficie mucho mayor. Pero la calificación no expresa indicio alguno que permita sostener la identidad -si quiera parcial- de la finca inscrita con la que se pretende inmatricular: no hay mención sobre linderos, ni posibles modificaciones hipotecarias que pudieran encubrir una doble inmatriculación; tampoco se ha efectuado comprobación alguna sobre los antecedentes catastrales.

R. 30 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7078)

Suspende la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio para inmatriculación, por varios defectos. No se consigna el régimen económico matrimonial de los promoventes, ni el carácter de la adquisición. No se acompaña certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción del título calificado. Se afirma que la citación a los interesados se ha realizado mediante publicación de edictos en el tablón de anuncios de otro Ayuntamiento que el de lugar de situación de la finca, sin que tampoco se haya realizado la publicación en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia. Existe identidad de la finca con otra inscrita.



R. 8 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8186)

Suspende la inmatriculación de fincas, 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 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 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. 10 mayo 2019 (BOE 136, 7-VI-19: 8479)

Deniega la inscripción de un acta de expediente de dominio notarial para inmatriculación de una finca, la cual fue en su día vendida por cuotas a diferentes propietarios con asignación q cada uno del uso individualizado de una vivienda. Ahora en el acta, el notario declara acreditado que la finca pertenece a los respectivos propietarios en proindiviso, tras hacer constar que los promotores adquirieron la propiedad por título de compraventa, que la perfeccionaron por usucapión y que adquirieron su derecho sobre la base de una parcelación ilegal (al respecto, consta la tramitación de expedientes penal y urbanístico).

La registradora deniega la inscripción, porque el derecho adquirido (fincas resultantes de una parcelación ilegal) no es el mismo que se pretende inscribir (proindiviso ordinario), no siendo el expediente de dominio procedimiento adecuado para realizar tal redefinición de un derecho.

Uno de los elementos a aportar en el expediente de dominio, según la regla segunda del artículo 203-1 LH, es el documento que acredite la titularidad del promotor. Si -como en este supuesto- se carece de dicho documento, el título inmatriculador deberá ser sentencia obtenida en procedimiento declarativo en que hayan sido demandados todos los que deban intervenir en el expediente (artículo 204-5ºLH). Además, es evidente que en este caso será precisa la corriente autorización administrativa que legalice la parcelación y construcciones realizadas o, en su caso, la prescripción de posibles infracciones urbanísticas.

R. 5 junio 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9486)

Admite la práctica de una inmatriculación mediante título público de herencia complementado por acta de notoriedad actual autorizada por otro notario y acreditativa de que el causante es tenido por dueño. Aunque el título inmatriculador fue otorgado en 2006, su presentación se realiza vigente ya la Ley 13/2015. Con el vigente artículo 205 LH es posible complementar el título inmatriculador con acta de notoriedad, si bien ya no será admisible la simple declaración de ser notorio el hecho de que una determinada persona es tenida por dueña, sino que el notario debe emitir su juicio sobre la previa adquisición y su fecha, siempre que resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos atinentes al caso.

El único defecto señalado por la calificación se refiere a que existe una discrepancia entre la descripción del título (326 metros cuadrados construidos) y la del certificado catastral descriptivo y gráfico unido al acta de notoriedad (373 metros), que el notario autorizante del acta subsana mediante una diligencia practicada a los efectos del artículo 153

RN, en la que considera notoria la identidad de la finca descrita en el acta (y en la certificación catastral que incorpora), con la finca del título inmatriculador, cuya descripción el notario subsana ahora para adecuarla con la del acta complementaria. Ciertamente la subsanación del citado artículo 153 debe ser objeto de interpretación restrictiva y no puede sustituir la voluntad de los otorgantes; pero en este caso la Dirección entiende que en el acta los interesados ya están dando a la finca una nueva descripción, consecuencia de su adaptación a la nueva superficie que consta en el Catastro, el cual ha padecido una modificación sobrevenida referida sólo a este mero dato alfanumérica, ya que se mantiene plenamente la geometría georeferenciada del inmueble.

OBRA NUEVA

R. 13 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 91)

Declara inscribible, por la vía del artículo 28-4 LS, una escritura de declaración de obra sobre suelo rústico, completamente terminada en 2009 según certificación técnica, desestimando la pretensión del registrador de que se aporte certificación municipal acreditativa de que no se trata de suelo de especial protección para así poder considerar prescritas las posibles infracciones urbanísticas por transcurso del plazo de seis años, de conformidad con el artículo 185 Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía.

En su función calificadora de la validez del acto, el registrador debe tener presente el planeamiento urbanístico o de ordenación del territorio, que tiene categoría reglamentaria. Ahora bien, los únicos requisitos necesarios para la inscripción de obras "antiguas" son: la acreditación de su terminación en fecha determinada anterior al plazo legal de prescripción de la infracción en que hubiere podido incurrir el edificante; y la falta de constancia registral de la incoación de expediente de disciplina urbanística. El espíritu del artículo 28-4 LS exige rechazar la exigencia generalizada de previa certificación administrativa acreditativa de la naturaleza del suelo o de la prescripción de la acción de disciplina urbanística.

En el caso resuelto, no consta a través de los medios disponibles para la calificación, el carácter protegido del suelo; entendiéndose además la Dirección que la exigencia del registrador de que se aporte una certificación administrativa previa debe obedecer a una motivación concreta expresada en la nota de calificación, apreciada por los medios de que válidamente dispone el registrador y con referencia a los presupuestos que impiden la aplicación del número 4 del artículo 28; como tratarse de posible suelo demanial, o suelo sometido a un particular régimen de ordenación que determine la imprescriptibilidad de posibles infracciones. No procede por tanto, la exigencia sin suficiente motivación de certificación administrativa previa acreditativa del hecho negativo de no tratarse de suelo de especial protección.

R. 13 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 92)

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva respecto de la cual se acredita la falta de respuesta tempestiva de la Administración a la solicitud de licencia, lo cual sin embargo no puede entenderse suficiente para considerarla adquirida por silencio administrativo positivo.

La S TC 143/2017 considera plenamente ajustada a la Constitución la norma del artículo 11-4 LS-2015 (correspondiente al anterior artículo 9-8 LS-2008) que establece el criterio de silencio administra-

tivo negativo en relación con las solicitudes de licencia de obras para las edificaciones de nueva planta. Esta norma no infringe la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Corresponde al Estado regular los requisitos para la documentación pública e inscripción de obras nuevas, lo que incluye fijar los casos en que debe acreditarse el otorgamiento de la preceptiva licencia. Las Comunidades Autónomas son competentes para legislar sobre urbanismo, lo que incluye establecer la obligatoriedad de licencias, regular la prescripción de infracciones urbanísticas y aprobar las normas de procedimiento administrativo para la ejecución de la legislación urbanística pero respetando en todo caso las reglas generales o comunes de procedimiento establecidas en la legislación estatal.

Ya la S TS (3ª) 28 enero 2009 había considerado norma estatal básica la que prohíbe la adquisición por silencio de licencias contrarias a la ordenación territorial o urbanística, sin que esto contradiga la regla general de silencio positivo del art. 43 LRJAP-PAC, pues esta norma permite previsión en contra por otra norma con rango de Ley. La acreditación de la falta de respuesta en plazo por la Administración no es suficiente para entender adquirida la licencia por silencio, ya que puede concurrir una situación de inexistencia o nulidad radical del pretendido acto administrativo presunto.

La Dirección complementa esta doctrina con la relativa al alcance temporal de las normas aplicables a la inscripción registral de escrituras de declaración de obra. Las sucesivas redacciones legales en la materia serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las obras se hayan ejecutado antes. Ahora bien, tratándose de escrituras autorizadas antes de la entrada en vigor de una norma urbanística, pero presentadas al Registro durante su vigencia, debe exigirse su aplicación, pues el objeto de la calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción. Pero ello no implica una aplicación retroactiva de normas actuales a hechos pretéritos, pues la nueva norma sorbe requisitos de inscripción se remite a la correspondiente norma sustantiva que resulte aplicable temporalmente; por tanto, deberá atenderse a cada requisito particular (licencia, seguro, certificado de eficiencia energética...) para comprobar si efectivamente resulta de aplicación conforme a su régimen normativo específico. Sin embargo, estas consideraciones no son aplicables al concreto caso resuelto pues, aunque la obra es anterior a la Ley 4/2017 de Suelo y Espacios Protegidos Naturales de Canarias, cuyo artículo 344 regula el silencio administrativo de modo similar a la normativa común, la Exposición de Motivos de esta Ley no la considera desconectada de la normativa estatal, sino que por el contrario la considera vía de acomodación a la misma.

R. 2 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1520)

Suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra, declarada por antigüedad mediante certificado técnico, sobre un elemento independiente integrado en una propiedad horizontal, cuyos estatutos facultan a cada propietario a llevar a cabo obras pero siempre mediante licencia de obras.

Habiéndose cumplido los requisitos del apartado 4 del artículo 28 LS, no es exigible aportar licencia, declaración de innecesariedad, o certificado de que no proceden medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Sin embargo, la inscripción se deniega por falta de correspondencia entre la superficie expresada en la descripción literaria del título así

como en el certificado técnico (64'96 metros cuadrados), y la superficie ocupada por la edificación que resulta de las coordenadas de georreferenciación catastral (101'46 metros). Por tanto, resulta imposible determinar la ubicación gráfica concreta de la superficie edificada.

R. 4 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1523)

Deniega la inscripción de una declaración de obra finalizada, respecto de la cual se aportan las coordenadas de la porción de suelo edificada tomadas del Catastro y coincidentes con la totalidad de la parcela catastral. Es preciso determinar previamente las coordenadas de la finca donde se ubica la edificación, para tener la seguridad de que la porción edificada no se extralimita de ella.

Es doctrina consolidada que la constancia registral de la georreferenciación de la finca sobre la que se alza la obra, permite 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. Si la georreferenciación de la finca no consta, es posible que el registrador albergue dudas. 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, además de las reseñadas dudas, al ser coincidentes las coordenadas de la edificación con las de la parcela catastral total, mediante la inscripción pretendida estaría ingresando en el Registro por vía indirecta la georreferenciación de la finca registral, lo que sería equivalente a una mención de derechos susceptibles de inscripción separada, proscrita por los artículos 29 y 98 LH, que produciría efectos distorsionadores en la publicidad registral, en la que figurarían las coordenadas catastrales de la finca sin los efectos derivados de la inscripción de la georreferenciación propiamente dicha. Para inscribir la georreferenciación de la finca registral no es necesario tramitar el procedimiento del artículo 199 LH, por no existir diferencias superficiales de más del 10% de la cabida inscrita y estar la finca perfectamente identificada.

R. 28 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4400)

Consta inscrita una finca de 2.100 metros cuadrados en la que existe un edificio en régimen de propiedad horizontal que no ocupa toda la superficie del solar. La sociedad promotora se reservó en los estatutos el derecho a segregar y edificar sobre el terreno excedentario, redistribuyendo las cuotas del edificio. Después, el Ayuntamiento concedió licencia para parcelar la finca registral en dos porciones, y para edificar sobre la porción más pequeña. Ahora se deniega la inscripción de la declaración de este segundo edificio, pero sin haber formalizado previamente la segregación o parcelación autorizada por el Ayuntamiento.

En primer lugar, no existe identidad entre la finca registral sobre la que se declara la obra (que es toda la finca matriz) y la identificada en la licencia municipal de obras (que es la parcela pequeña). En segundo lugar, dado los términos excesivamente genéricos en que se expresa la cláusula estatutaria inscrita (que no se ajusta a la exigencia del artículo 16-2-a RH de fijar las nuevas cuotas o las normas para su establecimiento), es necesario el concurso del resto de los propietarios del inmueble, tanto para ejercitar el derecho de voto, como para re-



flejar documentalmente las modificaciones que su ejercicio produce en el título constitutivo.

R. 7 marzo 2019 (BOE 81, 4-IV-19: 4990)

Suspende la inscripción de la declaración de obra de un edificio destinado a uso hostelero, por falta de aportación de licencia de primera ocupación. En su lugar, se incorpora un documento municipal en el que se hace constar que se valida la declaración responsable de inicio de actividad presentada previamente, añadiendo que la presentación de la declaración habilita para el inicio de la actividad.

Sin embargo la Dirección no comparte ese criterio y estima necesario aportar licencia de primera ocupación, por exigirlo así los artículos 142 Ley del Suelo de Galicia y 351-1-g de su Reglamento, para la primera ocupación de edificios, sin distinguir el uso a que se destinen; estableciendo además el artículo 360 del Reglamento que la comunicación previa en materia de urbanismo sólo procede en los casos no sujetos a licencia municipal.

R. 1 abril 2019 (BOE 97, 23-IV-19: 6055)

Consta inscrita una obra nueva en construcción en virtud de licencia. Ahora se deniega la inscripción de una escritura en la que se declara “ex novo” y sobre la misma finca una obra nueva consolidada por antigüedad, muy parecida pero con algunas modificaciones, sin advertir cuál es la relación entre ambas operaciones y describiendo la parcela como si no existiera la previa obra nueva inscrita en construcción.

Ciertamente la vía del apartado 4 del artículo 28 LS es aplicable a todas las edificaciones consolidadas por razón de su antigüedad, tanto si se construyó con licencia como si no, y tanto si se declaró terminada como si se inscribió inicialmente en construcción.

Pero es que en el supuesto resuelto no se cuestiona este criterio. Lo que debe exigirse es que la titular registral especifique si lo que quiere es cancelar la inscripción previa y declarar “ex novo” la obra, o por el contrario, rectificar la declaración de obra inicial y hacer constar que ha sido terminada con la antigüedad acreditada en el título.

R. 4 abril 2019 (BOE 98, 24-IV-19: 6124)

El registrador deniega la inscripción de un acta de fin de obra, porque entiende que en la certificación expedida por el técnico no consta la afirmación de que la obra ha sido finalizada conforme al proyecto para el que se concedió la licencia. Sin embargo, la Dirección admite la inscripción porque entiende que tal afirmación exigida legalmente sí que resulta, tanto de la propia certificación como del acta.

R. 11 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6456)

Deniega la inscripción de una escritura por la que se declaran, sobre don fincas registrales independientes, dos edificaciones comerciales que operativamente conforman un solo edificio. La obra declarada no se ajusta a la licencia, la cual se refiere a un solo edificio comercial a construir sobre una manzana que se identifica por medio de dos parcelas catastrales. No es lo mismo una licencia para construir un edificio en su conjunto, que para la construcción de dos edificios independientes -aunque contiguos-, dada la posibilidad de tráfico jurídico independiente, lo cual impondría la necesidad de licencia de división o la necesidad de constituir un complejo inmobiliario.

Para inscribir la obra declarada, haría falta agrupar las dos fincas registrales, necesidad que no resulta expresamente de la licencia urbanística, pero sí de los artículos 8 LPH y 44-1 RH, que imponen la inscripción como una sola finca registral de los edificios, aunque pertenezcan a diferentes dueños. La inscripción de un solo edificio sobre dos fincas registrales independientes regulando servidumbres recíprocas para el caso de separación de su titularidad, es insuficiente para prever las múltiples vicisitudes que puedan originarse y es incompatible con la unidad del edificio en su conjunto.

R. 14 mayo 2019 (BOE 136, 7-VI-19: 8482)

Admite la inscripción de una obra nueva declarada por antigüedad (artículo 28-4 LS), considerando correctamente expresadas las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación mediante la incorporación de certificación catastral descriptiva y gráfica junto con la lista de coordenadas impresas en soporte papel desde el archivo GML obtenido de la Sede Electrónica del Catastro. Incluso la registradora podría haber suplido la aportación realizada mediante la obtención de las coordenadas mediante consulta directa suya a la Sede Electrónica del Catastro.

R. 14 mayo 2019 (BOE 136, 7-VI-19: 8484)

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra y división horizontal, en la que previamente se rectifica la superficie del solar donde se ubica el edificio, el cual ocupa toda la finca. Concurren las circunstancias de existir un pequeño incremento de superficie de la finca; y de que, según resulta del informe de validación catastral, la alteración de la perimetría catastral invade la parcela de un colindante, cuya intervención es necesaria, resultando imperativo acudir al expediente del apartado 2 del artículo 199 LH.

R. 16 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8855)

Deniega la inscripción de un acta de fin de obra de vivienda unifamiliar otorgada por autopromotor, por falta de aportación del Libro del Edificio.

R. 16 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8857)

Suspende la inscripción de un acta de fin de obra, al entender fundadas las dudas de la registradora de que la porción de suelo georreferenciada ocupada por la edificación se ubique realmente dentro de la finca registral. La edificación ocupa la totalidad de la finca. Entre la finca registral y la parcela registral hay una diferencia de superficie superior al 10%. De la documentación presentada no resulta que la edificación se sitúe en los límites de la parcela.

En consecuencia, se confirma la calificación que exige la georreferenciación de toda la finca. Es doctrina consolidada que tal georreferenciación de la finca sobre la que se alza la edificación permite 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 que se declara. Si la georreferenciación de la finca no consta, es posible que el registrador albergue dudas. 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.

OPCIÓN

R. 13 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3532)

Suspende la inscripción de una escritura de venta de un bien patrimonial de un Ayuntamiento en ejercicio de una opción de compra, con una duración de cuatro años, previamente concedida a favor de una sociedad limitada.

No consta acreditado que la declaración de voluntad de la optante se emitió por persona legitimada dentro del plazo de caducidad pactado en el título de constitución, y que dicha declaración se notificó al Ayuntamiento dentro del mismo plazo, lo cual es condición necesaria para no considerar el derecho de opción extinguido por caducidad.

Por otro lado, en el título se testimonia el contrato de arrendamiento con opción de compra y el pliego de cláusulas administrativas por el que se rige, pero se omite testimoniar también los anexos de dicho pliego en los que se contienen estipulaciones que delimitan el contenido del derecho de opción: criterios y precio de adjudicación, órgano de contratación competente, garantías... El pliego de cláusulas administrativas tiene carácter de ley del contrato entre las partes, lo cual justifica que su contenido deba incorporarse a la escritura (artículo 71 RD 1098/2001 Reglamento de Contratos de la AP).

R. 14 mayo 2019 (BOE 136, 7-VI-19: 8480)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa en ejercicio unilateral de opción de compra inscrita, porque dicho ejercicio unilateral no se ajusta a lo pactado e inscrito, ni en cuanto al precio ni en cuanto a las notificaciones.

Las partes pactaron que, en caso de ejercicio unilateral de la opción, el precio podría ser satisfecho mediante cheque, transferencia, compensación, consignación notarial, o también mediante subrogación en las hipotecas que gravasen el inmueble o retención de los importes de los saldos hipotecarios pendientes. En la escritura calificada el optante declara que parte del precio no lo abona al ejercitar la opción, porque ya lo había satisfecho inicialmente como prima de opción. Sin embargo, en ningún momento habían pactado las partes que la prima por la concesión de la opción se entendería como un pago a cuenta del precio de venta. Otra parte del precio se dice satisfecha mediante retención por el optante de la cantidad pendiente de pago por la deuda hipotecaria que grava la finca. Sin embargo, aunque esta forma de pago sí que era una de las pactadas por las partes, no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes la determinación de la cantidad a satisfacer (artículo 1256 Cc).

Por otro lado, las partes pactaron que, en caso de haber decidido ejercitar la opción, el optante debería notificarlo previamente al concedente fijando día y hora para otorgar la compraventa, pactándose también la obligación de notificar notarialmente el ejercicio unilateral. En el supuesto la primera notificación se hizo por burofax, que no fue entregado, dejándose un aviso; y la segunda notificación se intentó por carta certificada con acuse de recibo, que fue devuelta como "desconocido". Además, la notificación previa no se realizó en el domicilio designado por la concedente en la escritura de opción. Ninguna de las notificaciones ha llegado al destinatario; y dado que la notificación de este supuesto tiene como efecto posibilitar el ejercicio unilateral de la opción transmitiéndose el dominio sin consentimiento directo del titular registral, debe realizarse mediante acta notarial.

PODER

R. 18 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1020)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa otorgadas ante notario español, donde la parte compradora actúa mediante apoderado en virtud de poder conferido ante notaria sueca. En el título calificado, el notario español reseña el lugar de otorgamiento del poder, la autoridad que lo expide, el hecho de estar redactados a doble columna en español e inglés 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.

La Dirección recuerda su doctrina. La representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, se registrará 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: 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. 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. Si bien los juicios de suficiencia y equivalencia son diferentes, 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.

R. 8 febrero 2019 (BOE 57, 7-III-19: 3278)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa cuyos vendedores están representados por un apoderado. Una vez presentada la escritura y antes de ser calificada, se presenta otra, de revocación del citado poder, otorgada antes del otorgamiento de la compraventa y notificada notarialmente en el domicilio del apoderado, donde recogió la cédula de notificación la madre de éste cinco días antes de la venta. El registrador no cuestiona el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas, pero deniega la inscripción por entender acreditada la previa revocación del poder. El comprador recurre contra la calificación.

La Dirección aplica la regla del artículo 1738 Cc: lo hecho por el mandatario ignorando las causas que hacen cesar el mandato, es válido y eficaz frente a terceros que hayan contratado de buena fe. La jurisprudencia más actual (Ss TS 13 febrero 2014, 22 enero 2015, 19 julio 2018), para mantener esta eficacia y validez, ya no considera sólo exigible la buena fe del tercero, sino que exige también la buena fe del apoderado, interpretándola en sentido subjetivo; es decir, no como diligencia general exigible a cualquier notificado para conocer la notificación practicada, sino como efectivo desconocimiento de la revocación. En el caso resuelto, existe una elevada probabilidad de que el apoderado la conociera, pero la prueba de esta circunstancia es materia reservada al conocimiento de los tribunales; y además hay que tener en cuenta que los efectos de la notificación no se despliegan en perjuicio del apoderado, sino de un tercero. El poderdante,



al emitir un poder cuya circulación le va a reportar unas ventajas en el tráfico, general unos riesgos que debe asumir él y nos los terceros de buena fe.

PRIORIDAD REGISTRAL

R. 29 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5789)

Deniega la inscripción de una escritura de adición de herencia, por haberse presentado con posterioridad un título contradictorio e incompatible, a los efectos del artículo 17 LH. El título ahora calificado es una adición de herencia que incluye una nueva finca en el inventario. Sin embargo, se presenta con posterioridad un título de fecha anterior por el cual la causante cedió onerosamente el bien. No es que se altere el orden de presentación de los títulos, sino que el segundo título (cesión) hace inválido el primeramente presentado (adición de herencia). El heredero no puede ignorar el título anterior ni pretender la protección del Registro. No es tercero, sino que está en la misma posición que la causante y por tanto su título no puede prevalecer sobre un negocio oneroso anterior otorgado por ella.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

R. 10 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1584)

Admite la inscripción de una instancia privada en la que se solicita la cancelación de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado de una compraventa, aportándose escritura de carta de pago del precio aplazado, que incorpora diligencia de presentación a la Administración Tributaria. El registrador no considera acreditado que la expresada diligencia de presentación fiscal se corresponda con la instancia privada calificada.

El registrador debería haber comprobado en el portal de la Agencia Tributaria de Illes Balears la correspondiente diligencia de presentación, ya que la normativa autonómica le permite hacerlo telemáticamente. Las diferentes Administraciones tienen un conjunto de deberes de coordinación, colaboración e interrelación para evitar dilaciones o duplicidades para los administrados.

R. 23 enero 2019 (BOE 45, 21-II-19: 2396)

Desestima el recurso contra la decisión del registrador de no atender la solicitud de dejar sin efecto y anular la inscripción de una escritura de división horizontal. Es doctrina reiterada que el recurso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como obtener la cancelación 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.

Por otro lado, también se considera correcta la actuación del registrador al emitir la certificación que le fue solicitada. Habiendo solicitado el interesado certificación literal de la finca matriz de la propiedad horizontal, no procede la constancia de la cuota de participación de cada elemento.

R. 30 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2511)

Estima el recurso contra la calificación registral que estima que un defecto es insubsanable y, en consecuencia, deniega la práctica de anotación preventiva por defecto subsanable.

Aunque la determinación de si un defecto es subsanable o no es cuestión muy casuística, la pauta actual es que un defecto es subsanable cuando la realización de los actos posteriores que subsanen la falta permita la retroacción de los efectos a la presentación del documento defectuoso.

En el presente caso, el registrador deniega la inmatriculación de una vivienda y la subsiguiente anotación preventiva por defecto subsanable, al entender como insubsanable el obstáculo de que la vivienda tiene en el título una referencia catastral que ya consta inscrita con relación a otras viviendas cuya descripción es distinta. Lo cierto es que, en caso de duda, los defectos deben considerarse subsanables; y que en el caso resuelto la subsanación puede darse por el solo hecho de la rectificación de la referencia catastral, bien de las fincas ya inmatriculadas, bien de la finca que se pretende inmatricular, todo ello mediante la tramitación de los oportunos expedientes.

R. 20 febrero 2019 (BOE 62, 13-III-19: 3602)

Desestima el recurso contra la calificación que deniega la pretensión de que se anule todo el historial de una finca en régimen de propiedad horizontal, lo cual se pretende mediante instancia privada suscrita por varios de los titulares registrales.

Es doctrina constante que el recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar el acierto de la calificación que motivó la inscripción, la 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. 1 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4537)

Consta inscrita la agrupación de dos fincas y su adjudicación a una viuda -en cuanto al usufructo- y a tres herederos -en cuanto a la nuda propiedad-. Ahora se presenta otra escritura posterior en la cual las dos fincas originales se adjudican a sólo dos de los citados herederos. La Dirección estima el recurso contra la calificación que deniega la inscripción de la escritura presentada. La calificación adolece de falta de claridad, al señalar como único defecto la inexistencia jurídica de las fincas previas a la agrupación, pero no el verdadero obstáculo que es la falta de tracto.

R. 7 marzo 2019 (BOE 81, 4-IV-19: 4988)

Desestima un recurso de queja interpuesto contra la calificación negativa de una instancia privada en la que se solicitaba la rectificación del Registro en el sentido de cancelar un previo asiento de cancelación de hipoteca, que fue ordenada en su día mediante auto judicial aunque el recurrente considera que no debió nunca practicarse. En definitiva, mediante la solicitud de cancelación de la cancelación previa, se pretende que reviva la hipoteca.

La Dirección recuerda su doctrina. El objeto del recurso contra la calificación registral es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, pero no ninguna otra pretensión, como por ejemplo, la cancelación de asientos practicados y que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales.

R. 7 marzo 2019 (BOE 81, 4-IV-19: 4989)

Consta en el Registro la reparcelación de una finca y su sustitución -por subrogación real- por otra finca de resultado, la cual se adjudica

a la hija y donataria de la titular registral de origen, en virtud de una escritura de donación de 1982 que consta acreditada en el procedimiento de reparcelación cuya acta final se protocolizó en 1995.

Ahora se deniega la pretensión de la donataria, quien presenta la escritura de donación de 1982 y solicita su inscripción en el historial de la finca de origen, pidiendo que se cancela el historial de la finca de resultado. La Dirección lo desestima, sin poder tener en cuenta la sentencia que anula la reparcelación inscrita, la cual no fue aportada en fase de calificación (sino ya en fase de recurso).

R. 13 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5284)

Admite la calificación -y en su caso, inscripción- de una escritura de herencia a la que se adjunta justificante de presentación en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda, con expresa referencia al destinatario (el Ayuntamiento de Madrid), la expresa declaración del hecho imponible a los efectos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, solicitando su exención y anexando copia simple de la escritura de herencia. El documento presentado debe entenderse suficiente para levantar el cierre registral previsto en el artículo 254 LH.

R. 13 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5285)

Suspende la calificación de un acta notarial de rectificación descriptiva de finca (artículo 201 LH), hasta que se acredite la liquidación, no sujeción o exención del ITP-AJD.

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 a impuesto, 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. Pero no resultando supuestos de expresa o sujeción o 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.

Cabe también recordar que la Dirección, en contestación a consulta administrativa, emitió informe de 17 mayo 2018 sosteniendo que los expedientes notariales del artículo 201 LH fiscalmente deben mantenerse sometidos al mismo régimen tributario por no verse afectado el hecho imponible.

R. 1 abril 2019 (BOE 97, 23-IV-19: 6056)

Considera levantado el cierre registral a efectos de la plusvalía municipal, admitiendo por tanto su inscripción, en la presentación de una instancia de heredero único acompañada de un escrito con sello de presentación en el Ayuntamiento de Madrid por el que se solicita la exención en el pago del impuesto.

La Ordenanza Fiscal aprobada por el citado Ayuntamiento permite presentar declaración cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta (artículo 26), bastando para levantar el cierre registral, no sólo la presentación de la correspondiente autoliquidación, sino también la de de-

claración tributaria debidamente sellada en las oficinas municipales (artículo 33-b).

R. 23 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7063)

R. 25 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7072)

Desestima el recurso interpuesto contra la calificación que deniega la anulación o rectificación de un asiento ya practicado, solicitada alegando su inadecuación a la ley.

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 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. 10 mayo 2019 (BOE 136, 7-VI-19: 8477)

Constando inscrita una hipoteca sobre el vuelo de una finca, la registradora arrastra dicha carga a la inscripción de los departamentos en propiedad horizontal declarados como consecuencia del ejercicio del derecho de vuelo. La sociedad declarante recurre ahora contra la calificación en cuya virtud se practicó la inscripción con el arrastre de cargas. 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 validez o procedencia 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. 24 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9476)

Considera cumplidos los requisitos exigidos para levantar el cierre registral impuesto por el artículo 254 LH, en el caso concreto del impuesto de Sucesiones y Donaciones de no residentes, con la aportación de: recibo de presentación del modelo 650 en la AEAT de la localidad; certificado de autoliquidaciones emitido por la AEAT delegación provincial. No es preciso otro certificado de la Oficina Nacional de Gestión Tributaria, que tiene la competencia en todo el Estado para la gestión e inspección de este Impuesto.

PROHIBICIÓN DE DISPONER

R. 27 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4397)

Suspende la inscripción de una escritura de hipoteca constituida sobre una finca que en el Registro aparece previamente gravada con una prohibición de disponer impuesta por quienes en su día donaron al hipotecante, en cuya virtud se prohíbe al donatario durante toda su vida vender, ceder, transmitir por cualquier otro título, arrendar o cederla a título de precario, sin consentimiento expreso de los donantes o del último que sobreviva.

La esencia de la hipoteca en nuestro ordenamiento trasciende a la mera atribución de preferencia al crédito garantizado, permitiendo erga omnes al acreedor su enajenación forzosa. En la cláusula calificada, la prohibición no se limita a la venta, sino que se extiende a su transmisión "por cualquier título".



PROPIEDAD HORIZONTAL

R. 3 junio 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9481)

Deniega la inscripción de la división horizontal en dos elementos privativos de una finca que consta inscrita como vivienda de dos plantas, por falta de aportación de la licencia municipal exigida por los artículos 53 RD 1093/1997 y 10-3-b LPH.

El artículo 213 de la Ley valenciana de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje exige licencia para los actos de construcción y modificación estructural de edificios, así como para la división de terrenos o parcelación de fincas. Pero la Dirección funda su criterio en los dos citados artículos estatales, afirmando que el precepto legal proporciona plena cobertura al reglamentario e interpretándolos en el sentido de que no pueden crearse mediante división horizontal más elementos privativos que los que consten en la declaración de obra nueva inscrita. En definitiva, los únicos casos en que no será precisa licencia para la división horizontal serán: cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción del edificio; cuando la división no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la declaración de obra; cuando hayan transcurrido los plazos de prescripción de posibles infracciones urbanísticas (por aplicación analógica del artículo 28-4 LS).

R. 13 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5287)

Constan inscritas las ventas por una sociedad promotora a diferentes compradores de cuotas que suman la total propiedad de un local destinado a garajes y trasteros. En cada venta, se atribuyó a cada cuota el uso exclusivo de una plaza de garaje o trastero designados sólo por su número de orden, pero sin que conste la delimitación del espacio físico sobre el que se proyecta el derecho de uso exclusivo asignado.

Ahora se deniega la inscripción de una escritura por la que la promotora y uno de los compradores subsanan la descripción de la cuota que le fue vendida en su día -hace 8 años-, en el sentido de cambiar el número de finca registral del local, así como concretar la superficie asignada a la plaza de garaje y al trastero correspondientes a la cuota transmitida.

Ciertamente la rectificación ha sido otorgada por quienes fueron partes vendedora y compradora; y se ha causalizado suficientemente la rectificación del objeto de la compraventa. Pero la parte entonces vendedora ya no ostenta derecho alguno en la finca, que consta inscrita a nombre de otros cotitulares. Tal y como está determinado el derecho vendido en el título, la venta implica una alteración del régimen de comunidad que exige el consentimiento de todos los restantes copropietarios del local.

R. 14 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5289)

Deniega la inscripción de una escritura otorgada en 1969, que rectificaba una división horizontal otorgada en 1967, en el sentido de asignar a dos elementos privativos sendos anejos que inicialmente se habían asignado permutados por error. La escritura modificativa incorporaba certificación de junta de propietarios aprobando la rectificación por unanimidad de todos los propietarios del edificio. La modificación sólo se inscribió en su día respecto de uno de los elementos privativos afectados, pero no respecto del otro, que quedó con su anejo originario, y respecto del cual se pide la inscripción actual. Con posterioridad al acuerdo se han producido transmisiones de los dos elementos.

La Dirección recuerda su doctrina que distingue entre: actos colectivos, que se imputan a la Junta como órgano comunitario; y actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio, los cuales requieren consentimiento individualizado de los titulares.

Para acceder a la inscripción pretendida en el supuesto resuelto, hace falta: acuerdo unánime de la junta de propietarios con el consentimiento de los actuales titulares registrales (aunque sea como acto colectivo o unanimidad presunta); así como consentimiento individualizado del titular actual del elemento respecto del cual se pretende ahora inscribir la rectificación, cuyo derecho de dominio quedará afectado en su contenido esencial al variar el objeto del mismo.

R. 27 marzo 2019 (BOE 91, 16-IV-19: 5782)

Admite la inscripción de una escritura por la que los propietarios de un departamento en propiedad horizontal configurado como local de oficinas, declaran que ha cambiado dicha condición a vivienda y la describen como tal. Aunque en la certificación catastral descriptiva y gráfica no consta la antigüedad del nuevo uso, se adjunta un documento anexo catastral ("Antecedentes en Catastro de un inmueble. Datos físico-económicos") del que resulta la antigüedad como vivienda desde 2010.

Es doctrina consolidada que la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, por lo que su acceso al Registro se basará en cualquiera de las dos vías del artículo 28 LS, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo. En este caso, acreditada la antigüedad del cambio de uso en la forma expuesta, la inscripción se consigna por la vía del número 4 del artículo 28 LS.

R. 30 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7081)

Se pretende la inscripción de una escritura de donación de participación indivisa de un local perteneciente a una propiedad horizontal, con atribución del uso exclusivo de un trastero determinado. El local había sido objeto de sucesivas ventas de cuota con asignación de uso de trastero, de modo que todavía queda inscrita a nombre de las tres titulares originarias la cuota resto que, según el Registro, se corresponde con los cinco concretos trasteros pendientes de venta, de los que consta en la inscripción sólo el número de orden, pero no la concreta participación que corresponde a cada uno. En el título calificado, una de las tres cotitulares de la cuota resto, dona la participación indivisa que tiene sobre el local a otra cotitular, quien junto con la restante condueña, acuerdan que "se concrete" la participación de la donataria en el uso exclusivo del trastero 26. La inscripción de la escritura se suspende en cuanto a la atribución de uso del citado trastero.

Es preciso determinar el concreto negocio jurídico en cuya virtud se ha realizado entre las actuales cotitulares esa "concreción de uso". El recurrente entiende que la causa del negocio realizado no es la propia de una extinción de condómino -asumiendo la doctrina de que la extinción de condominio sólo puede ser total-, sino que consistiría en la "organización de la propiedad" que permita concretar un espacio definido exclusivo a este trastero sin que interese de momento determinar el espacio correspondiente a los trasteros aún no vendidos.

Sin embargo, la Dirección recuerda la doctrina que consagra como uno de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario el de consentimiento causal, el cual exige, para poder inscribir cualquier desplazamiento patrimonial, que exista causa verdadera, lícita y

esté correctamente expresada en el título. En el caso resuelto hay una verdadera extinción de comunidad en cuanto al trastero 26, cuyo uso queda exclusivamente atribuido a una de las dos cotitulares, quien a su vez queda excluida del uso de los cuatro trasteros pendientes de venta. La extinción de comunidad supone un desplazamiento patrimonial que puede producirse por cualquier título de adquisición. Además, teniendo en cuenta que la asignación de cuota al trastero donado es inferior a la que corresponde a la donataria en la comunidad, se trataría de una extinción de condominio con exceso de adjudicación a favor de la otra cotitular.

R. 29 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9477)

Deniega la inscripción de una escritura de 2018 que eleva a público unos acuerdos de junta de propietarios adoptados en 2012 por los que se modifican los estatutos en cuanto a la participación en gastos del único local del edificio.

Ciertamente la modificación de las cuotas es acto colectivo competencia de la Junta, según la jurisprudencia (así las S TS 9 noviembre 1994 y 9 diciembre 1997 permitieron a la Junta modificar el reparto de cuotas en gastos realizado previa y unilateralmente por el promotor, quien había pretendido “blindarlo” en su interés) y según se deduce del párrafo segundo “in fine” del artículo 18 LPH. Pero el consentimiento unánime exigido -si quiera presunto- se refiere no sólo a quienes fuesen propietarios a la fecha del acuerdo, sino también a los que hayan pasado a serlo al tiempo de la presentación en el Registro.

La Dirección recuerda su doctrina al respecto. 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 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.

PUBLICIDAD REGISTRAL

R. 14 marzo 2018 (BOE 85, 9-IV-19: 5290)

Deniega la expedición de certificación literal de la totalidad de los asientos de una finca -vigentes o no-, porque la persona a cuya herencia ha sido llamado el solicitante no es el titular registral, quien tampoco adquirió del causante de dicha herencia. En consecuencia, el solicitante no acredita interés legítimo alguno.

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, entiende la Dirección (sobre la base de las Ss TC 20 noviembre 2000 y 31 enero 2013) que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial sólo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, que según Instrucción DGRN 17 febrero 1998, son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que sólo podrán ser objeto de publicidad según las normas sobre protección de datos, lo

cual debe tenerse muy en cuenta respecto de peticiones de publicidad relativas al historial registral no vigente. 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.

RECTIFICACIÓN

R. 31 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2515)

En el historial registral de unas fincas constan las siguientes operaciones. Primero, una condición resolutoria que se arrastra del historial de la matriz, la cual fue en su día cedida por una sociedad a la sociedad actual titular. Segundo, la transmisión del crédito garantizado con la condición resolutoria, de la sociedad acreedora a una persona física sucesora de todos los bienes de la misma. Y tercero, la cancelación de la condición por transacción judicial entre la persona física actual acreedora y la sociedad titular registral.

Ahora, otra sociedad diferente pretende que se deje sin efecto la cancelación de la condición resolutoria y que se reinscriba a su nombre, aportando una escritura -nunca presentada al Registro- de la que resulta que, por reparto de dividendos de la inicial sociedad acreedora, el crédito le fue adjudicado a la sociedad recurrente y no a la persona física a cuyo favor se inscribió en su día. Alega que se produjo un error de concepto. Pero la Dirección deniega esta pretensión, no sólo porque no concurre el consentimiento de la registradora o resolución judicial (según exige el artículo 217 LH para la rectificación de errores de concepto), sino porque realmente no se ha producido inexactitud ni error en el Registro, sino omisión de la presentación de un título.

R. 22 febrero 2019 (BOE 63, 14-III-19: 3665)

Deniega la inscripción de una instancia privada por la que se solicita que se rectifique la inscripción de una servidumbre, en el sentido de hacer constar que determinados gastos de conservación de la zona afectada serán de cuenta del propietario del predio dominante. El solicitante alega que la omisión de esta cláusula se debió a un error de concepto al inscribir el título. Pero la Dirección considera que no estaba incluida en él. La modificación pretendida exige consentimiento de todos los titulares registrales afectados o resolución judicial.

R. 21 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5299)

En su día se inscribió la expropiación de parte de una finca, quedando un resto de la misma a nombre del expropiado. Ahora se deniega la subsanación de aquella inscripción, que se pretende para hacer constar que lo expropiado en su día fue toda la finca. El recurrente no es el titular registral. La rectificación pretendida exige consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

R. 11 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6453)

Deniega la práctica de asiento de presentación de un documento privado cuyo objeto es la solicitud de rectificación de una inscripción. 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 atribuyen eficacia registral.



RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

R. 14 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3535)

Deniega la inscripción de la adjudicación a la esposa, mediante convenio regulador de divorcio aprobado por sentencia firme, de una finca inscrita a nombre de ambos cónyuges por mitad con carácter privativo, al haber sido adquirida por compra anterior al matrimonio. No constan datos sobre el carácter de vivienda familiar, ni sobre su financiación total o parcial con fondos gananciales, ni en general sobre la relación de esta extinción de comunidad con operación matrimonial o familiar alguna. Por lo tanto, el título adecuado para poder inscribir la adjudicación debe ser la escritura pública.

R. 27 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4394)

Consta inscrita una finca a nombre de una persona casada, por título de compra en cuyo otorgamiento comparecieron ambos cónyuges -entonces de nacionalidad ucraniana-, reconociendo que la compra se hacía con dinero privativo del esposo y consintiendo que la finca se inscribiese como privativa suya.

Ahora se admite la inscripción de una escritura de venta otorgada sólo por el esposo. El registrador exige, a los efectos del artículo 92 RH, que se acredite que el Derecho ucraniano permite la confesión de privatividad con el efecto de permitir la disposición unilateral por parte del cónyuge del confesante. Sin embargo, en la inscripción de compra de la finca del supuesto no hay referencia alguna al artículo 92 RH ni a la legislación ucraniana, siendo evidente que la adquisición se hizo conforme a la ley española (la inscripción y sus efectos se rige por la "lex rei sitae"). Ciertamente la confesión no afecta a los acreedores ni herederos forzosos de la confesante, pero es que tampoco consta del Registro el fallecimiento de ésta. A este supuesto tampoco se le aplica el Reglamento UE 2016/1103 de regímenes económico-matrimoniales, por no estar incluido en ninguna de las hipótesis de su ámbito retroactivo (artículo 69).

R. 1 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4536)

Admiten la inscripción de una compra efectuada en proindiviso por dos cónyuges -francés y española-, que adquieren por mitad conforme al régimen legal supletorio francés. La registradora declara conocer que el régimen extranjero invocado es el de comunidad, con lo cual no resulta coherente la adquisición en proindiviso.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción por entender que los adquirentes no están atribuyendo carácter privativo a las cuotas que respectivamente compran, por lo que no hay obstáculo para inscribirlas a nombre de cada cónyuge con sujeción a su régimen matrimonial. Es doctrina consolidada que el art. 92 RH permite inscribir a favor de ambos cónyuges con sujeción a su régimen económico matrimonial, con indicación de éste si consta en el título. La determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia será exigible en la enajenación o gravamen, pudiendo obviarse si consta el consentimiento de o la demanda a ambos.

R. 22 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5302)

Suspende la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre varias fincas ordenada en virtud de mandamiento judicial. El procedimiento se sigue por deudas del esposo casado en gananciales, quien es el único demandado.

Varias de las fincas constan inscritas a nombre de la esposa, con carácter privativo, en virtud de liquidación de la sociedad de gananciales que mantenía con el demandado. Para que proceda la práctica de la anotación de embargo sobre bienes inscritos a nombre del cónyuge no deudor, es preciso que la deuda contraída sea ganancial y así sea declarado definitivamente en juicio declarativo previo entablado contra ambos cónyuges. Estas circunstancias son presupuesto de aplicación del apartado 4º del artículo 144 RH, pero no concurren en el supuesto.

La otra finca está inscrita a nombre del demandado por compra para su sociedad de gananciales, cuya liquidación no consta. El embargo sólo será anotable si la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

R. 22 mayo 2019 (BOE 138, 10-VI-19: 8595)

Deniega la inscripción de una adjudicación verificada en convenio regulador, aprobado por sentencia de divorcio, relativa a un bien que consta inscrito como privativo de ambos cónyuges por mitad, al haber sido adquirido en estado de solteros, y que ahora se adjudica a uno de ellos en pleno dominio como parte de la liquidación del régimen económico matrimonial. No consta el carácter de vivienda habitual, ni resultan datos sobre la financiación ni sobre la relación de la extinción de comunidad efectuada con operación matrimonial o familiar alguna. En consecuencia, la operación debe documentarse en escritura pública.

RENUNCIA ABDICATIVA

R. 26 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1034)

Rechaza la inscripción de una escritura de renuncia abdicativa sobre el dominio de una casa-cueva, respecto de la cual se está tramitando expediente administrativo de investigación como posible patrimonio de la Administración General del Estado.

El título solicita a la registradora que tome anotación preventiva de renuncia (anotación no prevista en nuestro ordenamiento). La registradora toma anotación por el defecto subsanable de no acreditarse el expediente de investigación. Los interesados recurren por entender que debería haberse practicado la inscripción directa a favor del Estado, a quien corresponden por ministerio de la Ley los inmuebles vacantes que carecieren de dueño (artículo 17 Ley 33/2003 Patrimonio de las AAPP).

La Dirección encuentra correcta la actuación de la registradora. La mera renuncia abdicativa no implica sin más la adquisición por parte de la Administración del Estado, pues podría haber terceros con un derecho preferente, o podría ocurrir que los renunciantes no fuesen los titulares civiles del dominio. Por ello el artículo 47 de la citada LPAAPP prevé la existencia de un expediente de investigación, no siendo posible la inscripción del bien hasta que recaiga resolución favorable sobre la pertenencia del bien o derecho a la Administración del Estado.

SERVIDUMBRES

R. 22 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7055)

Consta inscrita la segregación y venta de una parcela, en cuyo título las partes convinieron destinar a camino una franja en el lindero sur, que cederían de su terreno cada parte por mitad, quedando dueños por partes iguales. Este convenio no consta en la inscripción de la finca matriz y sólo se transcribió en la inscripción primera de la finca segre-

gada (inscripción que se denominó de venta y no de servidumbre), sin que se arrastrase a las inscripciones posteriores de permuta y nueva venta. Ahora se pretende inscribir una rectificación en la descripción de la finca por la que un cotitular actual quiere hacer constar que sobre la misma hay constituida una servidumbre recíproca.

La Dirección lo deniega. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguarda de los tribunales. Al no quedar claramente constituido el derecho real de manera efectiva, con determinación de su contenido y extensión, estaremos ante una mera mención de derecho susceptible de inscripción separada y especial, procediendo su cancelación de oficio por el registrador (artículo 98 LH). Tampoco existió en su día un error material en la redacción de los asientos, sino en todo caso se trataría de un error de concepto -es decir, una alteración del verdadero sentido del título al reflejarlo en el asiento-, cuya subsanación requeriría el consentimiento de todos los interesados o resolución judicial recaída en procedimiento dirigido contra todos ellos (artículos 40, 216 y 217 LH).

SOCIEDADES MERCANTILES

ADAPTACIÓN DE ESTATUTOS

R. 30 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2510)

Suspende la inscripción de una escritura de aumento de capital y modificación de estatutos de una sociedad anónima laboral, porque la sociedad no ha adaptado sus estatutos a la Ley 44/2015 de Sociedades Laborales y Participadas.

Según la transitoria segunda de dicha Ley, la falta de inscripción de la adaptación estatutaria produce el cierre registral, sin que el aumento de capital social y la modificación estatutaria estén incluidos en las excepciones a dicha norma.

Ciertamente el registrador está obligado a expresar los concretos preceptos estatutarios que contradice la Ley, pero sólo es obligatoria dicha expresión: en la pertinente calificación de la escritura de modificación de estatutos; o, previa solicitud de la sociedad interesada, en la calificación de los estatutos inscritos a los efectos de determinar la necesidad o innecesidad de la adaptación.

ADMINISTRADORES

R. 12 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 90)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de junta y consejo de una sociedad anónima, por los cuales se reelige a determinada persona consejero y consejero delegado, añadiéndose que se ha celebrado entre el nombrado y la sociedad el contrato a que se refiere el artículo 249 LSC. La registradora deniega la inscripción, por entender que la celebración del contrato presupone el carácter retribuido del cargo, lo cual es incompatible con el artículo estatutario que establece el carácter gratuito del órgano de administración.

La retribución de consejeros con funciones ejecutivas (artículo 249 LSC) fue una de las materias modificadas por la Ley 31/2014 sobre mejora del gobierno corporativo. La doctrina mayoritaria y la Dirección han venido interpretando la modificación legal en el sentido de afirmar la atribución de competencia al consejo para fijar las retribuciones de los consejeros con funciones ejecutivas. De esta interpretación se

aparta la S TS 26 febrero 2018, declarando que la competencia de la junta en materia de retribución de administradores se refiere a todos ellos, incluyendo los consejeros delegados o ejecutivos. No obstante, hay que tener en cuenta que esta sentencia: aún no ha sido confirmada por otras; que fue dictada en relación a una cláusula estatutaria que excluía categóricamente la reserva estatutaria y la competencia de la junta; y que en todo caso, la sentencia 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.

Por otro lado, entiende la Dirección que el contrato previsto en el artículo 249 LSC es también posible cuando el cargo sea gratuito, pudiendo en tal caso incluir previsiones como indemnizaciones o resarcimiento de gastos en que incurra el administrador, cláusulas de permanencia en la empresa, consecuencias del cese en el cargo o del desistimiento del contrato mismo... Además, la comprobación de si el contenido del contrato contradice o no el carácter gratuito del cargo no compete a la registradora, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

R. 13 diciembre 2018 (BOE 21, 24-I-19: 828)

Consta recientemente inscrita una escritura de cese de administrador único en virtud de certificación expedida por la nueva administradora, habiéndose practicado la notificación del artículo 11 RRM al anterior administrador y habiendo transcurrido el plazo de quince días para que éste pueda oponerse alegando la falta de autenticidad del nombramiento. Ahora se deniega la inscripción de una escritura por la que el anterior administrador renuncia a su cargo. Procede denegar la inscripción pretendida mientras persista una inscripción contradictoria.

R. 21 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1028)

Admite la inscripción de una cesión de bienes en pago de deuda realizada por el órgano de administración de la sociedad cedente en ejecución de un acuerdo de junta. El registrador, ante la oscuridad en la redacción del acuerdo, considera que el negocio realizado es distinto del acordado por la junta.

La Dirección recuerda su doctrina consolidada. Respecto de los actos comprendidos en el objeto social, son ineficaces frente a terceros las limitaciones a las facultades de representación de los administradores, aunque estén inscritas. Respecto de los actos no comprendidos en el objeto social, la sociedad queda obligada también frente a terceros de buena fe (artículo 234 LSC). Están incluidos dentro del poder de los administradores, no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto, quedando excluidos sólo los actos claramente contrarios al mismo.

Por lo tanto, estando la facultad de disposición de los bienes sociales incluida en el poder de representación del administrador, cualquier acuerdo que limite su ejercicio sólo tendrá eficacia interna. Ciertamente el artículo 161 LSC (introducido por la Ley 31/2014) permite a la junta, salvo disposición contraria de los estatutos, impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización determinados acuerdos, pero todo ello "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234", es decir, sin eficacia respecto de terceros.



APODERADOS

R. 28 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4399)

Admite la inscripción de una escritura de apoderamiento conferido por los dos administradores mancomunados de una limitada, estableciendo que determinadas facultades habrán de ser ejercitadas de forma mancomunada por dos de los veintidós apoderados, entre quienes se incluye uno de los dos administradores, de quien se dice que las citadas facultades mancomunadas podrá ejercitarlas junto con persona dotada de la misma facultad pero exceptuando al otro administrador mancomunado.

Es doctrina de la Dirección rechazar que los administradores mancomunados puedan apoderarse para seguir actuando conjuntamente como representantes voluntarios, ya que carece de interés atribuir por vía de poder facultades que ya ostentan por razón de su cargo, lo cual además haría ilusoria la posibilidad de revocar el poder mientras los apoderados sigan ejerciendo conjuntamente el cargo que les facultaría para revocar el poder o exigir responsabilidad por el mismo. Sin embargo, en el caso resuelto las facultades mancomunadas atribuidas a quien ya es administrador no pueden ser ejercidas junto con su colega en el órgano de administración.

AUDITORES

R. 17 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8862)

Como consecuencia de las dudas consultadas en su día por el registrador a la hora de practicar un asiento de nombramiento de auditor a instancias de la minoría, consta extendida la anotación preventiva prevista en el apartado 9 del artículo 42 LH, que subsistirá hasta la resolución de la consulta. Siendo esta la situación registral, se presenta el título ahora calificado, que es una escritura de elevación a público de acuerdos sobre nombramiento de auditor voluntario. La Dirección confirma la calificación que deniega la inscripción del acuerdo contradictorio con el contenido de la anotación vigente.

CAPITAL SOCIAL

R. 27 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4395)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de junta por los que el capital social, que era de 3.600 euros, se reduce a cero, para restablecer el equilibrio con el patrimonio reducido a cero por pérdidas, con simultáneo aumento a 5.000 euros, siendo adoptados los acuerdos por la única socia asistente, titular del 75% del capital social, quien asume todas las participaciones creadas en el aumento. Se incorpora balance aprobado por la junta, pero no verificado por auditor, habiéndose expresado en la convocatoria que la verificación contable es una medida tuitiva renunciante por los socios.

La Dirección recuerda su doctrina. En la reducción de capital por pérdidas, la verificación del balance por auditor exigida por el artículo 323 LSC (y en general, las medidas protectoras impuestas por la ley), sólo proceden si los intereses de socios y acreedores se encuentran en situación de sufrir perjuicio. Así, cabe excluir la verificación de cuentas: en cuanto a los socios, cuando concurre su consentimiento unánime, pues de lo contrario carecería de sentido la posibilidad de que el socio separado o

excluido llegue a un acuerdo con la sociedad para valorar sus participaciones (art. 353 LSC), o que los socios puedan prescindir por acuerdo unánime del informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión (art. 34-5 Ley modificaciones estructurales); y en cuanto a los acreedores, cuando sus intereses estén salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse el capital social como consecuencia del conjunto de operaciones que se pretende registrar ("operación acordeón").

En el supuesto resuelto en este expediente, no puede prescindirse de la verificación, porque el acuerdo ha sido adoptado sólo con la asistencia y voto favorable de la socia mayoritaria, de modo que deben garantizarse los derechos de los socios que pierden su posición en la sociedad.

R. 6 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4544)

Deniega la inscripción de un aumento del capital de una limitada "con cargo a beneficios", porque no consta que el aumento de capital haya sido acordado sobre la base de un balance aprobado por la junta general, referido a una fecha dentro de los seis meses inmediatamente anteriores y verificado por un auditor de cuentas designado por el registrador Mercantil.

Los beneficios tienen la consideración de recursos propios (artículo 36-1 Ccom). Por tanto, interesa a los socios y acreedores garantizar la existencia y disponibilidad de los mismos, de modo que si no son plenamente disponibles, no reúnen los requisitos exigidos por el artículo 303 LSC para su capitalización. Los resultados positivos del ejercicio en curso tienen en esencia la misma naturaleza que las reservas en sentido estricto.

R. 5 junio 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9483)

Suspende la inscripción de un acuerdo de junta por el que se pretende dejar sin efecto un aumento de capital por compensación de créditos previamente inscrito, para evitar el perjuicio a los socios minoritarios cuya participación social se ha visto gravemente diluida por el aumento.

Con independencia de cuál sea la causa de la rectificación pretendida, no debe contemplarse sólo el interés de los socios, sino también los de los terceros. En consecuencia, lo procedente es adoptar un nuevo acuerdo de reducción de capital con los requisitos previstos en la Ley.

CUENTAS

R. 20 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1025)

R. 10 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 85)

Rechaza el depósito de cuentas anuales porque consta inscrito en la hoja social el nombramiento de un auditor a instancia de la minoría, y no se acompaña el correspondiente informe de verificación emitido por dicho auditor (artículo 265-2 LSC).

R. 20 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1023)

Una SA tiene cerrada su hoja registral por falta de depósito de cuentas anuales. Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales sobre modificación de las reglas estatutarias referidas a la convocatoria de la junta. No se trata de una de las excepciones legales expresamente previstas al cierre.

R. 20 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1026)

R. 21 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1029)

R. 21 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1031)

R. 21 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1032)

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales, cuando la hoja registral de la sociedad se encuentra cerrada por falta del depósito de las cuentas del ejercicio anterior (art. 378-7 RRM).

R. 20 febrero 2019 (BOE 62, 13-III-19: 3605)

Deniega la inscripción de una escritura de nombramiento de nuevo administrador único por caducidad de los anteriores, porque la sociedad ha causado baja provisional en el Índice de la Agencia Tributaria.

Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el nombramiento, 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 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5297)

R. 21 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 52300)

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. Esto es así, no sólo cuando sea la decisión del registrador sobre la procedencia de nombramiento de auditor la que se halle pendiente, sino también y por la misma razón cuando la indeterminación resulte de que el procedimiento registral está suspendido por litispendencia civil.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 20 marzo 2019 rechaza el depósito de cuentas anuales de una sociedad, porque a la fecha de la solicitud de depósito, consta iniciado un expediente registral de designación de auditor a instancia de la minoría, expediente que se halla suspendido por litispendencia civil.

-La R. 21 marzo 2019 confirma la suspensión del depósito de cuentas, porque si bien existe una resolución administrativa de designación de auditor a instancias de la minoría, consta también anotación preventiva de medida cautelar mediante la cual el Juez mercantil ordena al registrador que se abstenga de designar auditor en tanto no recaiga resolución definitiva.

R. 22 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7058)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales sobre cese y nombramiento de administrador de sociedad anónima. El registrador deniega la inscripción por estar cerrada la hoja registral como consecuencia de la falta de depósito de cuentas de los ejercicios 2014 a 2017. El nuevo administrador designado en el acuerdo social acompaña certificado emitido por él mismo del que resulta que las cuentas no han sido aprobadas por la junta general, solicitando la reapertura de la hoja social.

Es doctrina de la Dirección que el cierre registral únicamente procede para el caso de incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales, pero no por el hecho de que no hayan sido aprobadas o porque los administradores no las hayan formulado. Las normas sobre cierre registral, dado su carácter sancionador, deben ser objeto de interpretación estricta. El levantamiento del cierre se condiciona a la acreditación de la falta de aprobación en la forma prevista en el artículo 378-5 RRM, que establece como un medio hábil para ello la certificación del órgano de administración con expresión de la causa de la falta de aprobación, sin que se distinga según cuál sea dicha causa, la determinación de cuya suficiencia excedería del ámbito de calificación registral.

R. 8 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8187)

Deniega la inscripción de un nombramiento de auditor, porque la hoja de la sociedad se halla cerrada por falta de depósito de cuentas y el nombramiento de auditor no es una de las excepciones al cierre registral previstas en el artículo 282-2 LSC.

DENOMINACIÓN SOCIAL

R. 26 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4390)

Rechaza la inscripción de una modificación de objeto social. La sociedad se denomina "Favorit Car, SL"; y mediante el título calificado se elimina del objeto social la actividad de alquiler y compraventa de todo tipo de vehículos. El registrador considera infringida la prohibición de denominaciones que hagan referencia a una actividad no incluida en el objeto social (artículo 402-2 RRM).

Para la Dirección, resulta con claridad que la inclusión en la denominación del término "car" induce a error, por su extendida utilización para identificar a empresas que tienen en los vehículos automotores el objeto de su actividad.

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

R. 19 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1021)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sobre disolución y liquidación de sociedad limitada, que incluyen la aprobación del balance de liquidación y la solicitud de cierre de la hoja registral, constanding también la manifestación del liquidador de que la sociedad no tiene acreedores ni deudores ni tiene haber partible. El registrador mercantil suspende la cancelación de asientos sociales, porque consta inscrita la declaración de insolvencia practicada en procedimiento laboral (artículos 33-6 y 276-5 ET), lo cual considera contradictorio con la declaración de inexistencia de acreedores.

La declaración de insolvencia en procedimiento laboral no es incompatible con la declaración de inexistencia de acreedores. La finalidad de la declaración de insolvencia laboral, además de dar publicidad a terceros de esta situación, es permitir que el Fondo de Garantía Salarial se haga cargo de las deudas salariales pendientes que el empresario no pueda afrontar. Si los únicos acreedores que existían al tiempo de la declaración son los trabajadores, los créditos pendientes habrán sido asumidos por el FOGASA.

R. 14 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3536)

En junta universal de 2015 los socios acordaron por unanimidad liquidar una sociedad limitada fijando como sistema a seguir la valo-



ración por tasador, sorteo notarial y adjudicación de sus inmuebles -garajes y trasteros- a los socios en proporción a sus participaciones respectivas. En junta de 2018 se aprueba el balance final de liquidación y la adjudicación de determinados inmuebles a cada socio según propuesta del liquidador; si bien ahora se oponen socios que representan el 25% del capital social, exigiendo que los inmuebles se vendan o subasten y se reparta el precio obtenido.

El proyecto o propuesta de división del activo resultante debe ajustarse a los artículos 391 a 394 LSC, regulación según la cual los socios tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación, salvo acuerdo unánime de los mismos, el cual deberá ser adoptado una vez que se haya determinado el haber líquido partible así como la forma de realizar su división, siempre que se haya aprobado el proyecto de liquidación por la junta. No es suficiente el acuerdo genérico de adjudicación "in natura" inicialmente aprobado.

R. 7 marzo 2019 (BOE 81, 4-IV-19: 4991)

Rechaza la inscripción de unos acuerdos de junta sobre disolución de sociedad limitada, por los cuales se cesan los administradores y se designa un liquidador, pero disponiendo que el cese y la designación no tendrán efecto hasta dos meses después del acuerdo, a fin de que los administradores puedan llevar a cabo el traspaso del negocio que constituía la actividad social.

El artículo 371-1 LSC dispone que la disolución de la sociedad abre el período de liquidación, lo cual lleva consigo el cese de los administradores y la extinción de su poder de representación. El hecho de presentar un nuevo acuerdo tres meses posterior al inicial que lo ratifica, no subsana la falta de validez intrínseca del primer acuerdo.

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDOS

R. 11 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 86)

R. 2 enero 2017 (BOE 21, 25-I-17: 777)

Deniega un depósito de cuentas anuales, porque la certificación del acuerdo de junta que las aprueba, ha sido expedida sólo por uno de los dos administradores mancomunados. Los administradores mancomunados deben ejercer la representación social en forma conjunta (artículo 210 LSC); y la facultad de certificar corresponde en este caso a los administradores que tengan el poder de representación (artículo 109 RRM, del cual resulta también que la facultad de certificar es indelegable).

FUSIÓN

R. 1 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4539)

Deniega la inscripción de una escritura de fusión donde la sociedad absorbente está íntegramente participada por la sociedad absorbida, la cual se encuentra en liquidación. Los acuerdos de fusión son adoptados por el socio único de la sociedad absorbente y el liquidador de la absorbida. La sociedad absorbente aumenta su capital con cargo a reservas, al solo efecto de canje, atribuyéndose a los socios de la absorbida participaciones equivalentes a su participación en la sociedad extinguida.

Es precisa la celebración de junta de la sociedad absorbida. Ciertamente el procedimiento de fusión se simplifica notablemente cuando la sociedad absorbente es titular de todo el capital de la absorbida, por

lo que la primera no experimenta alteración alguna en su patrimonio neto. Significativamente, en tal caso no es necesario acuerdo de junta de la sociedad absorbida (artículo 49-1 LME). Y también es cierto que a esta situación se asimila la denominada fusión inversa, donde la sociedad absorbida es la que participa íntegramente a la absorbente (artículo 52-1). Ahora bien, tal asimilación de régimen no implica que a las fusiones inversas se les aplique de forma literal el citado artículo 49, sino que se les debe aplicar esta exención de forma "inversa", es decir, en referencia a la sociedad absorbente y no a la absorbida, de manera coherente con los principios configuradores del derecho de sociedades y las competencias de la junta.

Ahora bien, el otro defecto de la calificación se desestima por la Dirección. Aumentado el capital de la absorbente con cargo a reservas para facilitar el canje, ya no es preciso cumplir las exigencias del artículo 303-2 LSC respecto del balance: verificación (que la LME sólo exige para las sociedades obligadas) y fecha de cierre dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. En las condiciones del supuesto, el aumento de capital debe ser acordado por la junta como un elemento más del proceso de fusión, cuya regulación especial cubre cualquier posible conflicto con socios o terceros.

JUNTA DE SOCIOS

R. 2 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1519)

Deniega la inscripción de un acta notarial de junta (cuyos acuerdos se refieren a ejercicio de acción social de responsabilidad, modificación de sistema de administración y nombramiento de administrador único) porque, exigiendo los estatutos que la convocatoria se haga mediante "correo certificado con acuse de recibo", la convocatoria al socio ausente se ha realizado mediante un operador privado ("Logalty Servicios de Tercero de Confianza, SL"), no figurando como remitente la sociedad sino una persona física, y resultando que la notificación no fue entregada por ser el destinatario desconocido en el domicilio señalado.

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. 9 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1525)

Deniega la inscripción de unos acuerdos de junta, porque el certificador declara que la convocatoria se ha realizado mediante entrega en mano de la misma y acuse de recibo suscrito por cada socio, mientras que los estatutos contemplan como procedimiento de convocatoria la "carta certificada con acuse de recibo, cuya remisión podrá hacerse notarialmente, o notificación notarial dirigida a cada socio".

El carácter normativo de los estatutos sociales y su imperatividad determinan que, cuando establecen características concretas de la comunicación de la convocatoria, no es competencia del órgano de



Resoluciones

administración su modificación. Los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados, siendo esa la única forma en que esperan serlo y a la que habrán de prestar atención. Los socios pueden tener interés en introducir en los estatutos, sobre la base del principio de autonomía de voluntad (artículo 28 LSC), sistemas de convocatoria que no sólo permitan asegurar razonablemente la recepción, sino que además exijan determinados requisitos de fehaciencia.

R. 23 enero 2019 (BOE 45: 21-II-19: 2397)

R. 24 enero 2019 (BOE 45: 21-II-19: 2400)

Admite la inscripción de los acuerdos (cese de administrador y nombramiento de uno nuevo) de la junta de una sociedad anónima convocada judicialmente y celebrada bajo fe notarial. El registrador había suspendido la inscripción solicitada por apreciar una manifiesta contradicción entre: las declaraciones del presidente de la junta nombrado por el Juez sobre la cifra del capital social y el número de acciones correspondientes a los socios asistentes; y las declaraciones que sobre el mismo tema constan formuladas por uno de los socios, que es a la vez el administrador destituido cuyo cargo aún figura inscrito. La discrepancia tiene como trasfondo una sentencia firme que declara parcialmente nulo un previo aumento del capital social, y que consta al margen de la hoja social.

La Dirección recuerda su doctrina. Corresponde a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes, según los artículos 191 a 193 LSC. Corresponde al presidente 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 (R. 29 noviembre 2012). También le corresponde la declaración sobre el resultado de las votaciones. 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. Para ello haría falta que de los hechos resulte una situación de conflicto que patentice la falta de legalidad y acierto de la declaración, lo que ocurrirá en casos como los de juntas contradictorias (R. 20 diciembre 2012), existencia de dos listas de asistentes diferentes (R. 29 octubre 1999), o de dos Libros-Registros diferentes (R. 13 febrero 1998), o cuando del acta notarial de junta resulte patentemente la arbitrariedad de la privación del derecho de voto (R. 24 octubre 2016). Fuera de estos casos, u otros semejantes, habrá que estar a la declaración del presidente. Los asientos del Libro-Registro de socios tienen una finalidad esencialmente legitimadora, no constitutiva, que general una mera presunción "iuris tantum", de modo que la sociedad podrá reputar como socio a quien figure anotado; si bien también pueda, a riesgo suyo, permitir el ejercicio de los derechos de socio a quien considere que ostenta la titularidad societaria aunque no conste en el Libro (R. 4 marzo 2015 y R. 5 agosto 2013).

En el supuesto resuelto, no concurre ninguna excepción al régimen expuesto de potestades del presidente de la junta, que permita tener por inválidamente adoptado el acuerdo cuya inscripción se solicita.

R. 25 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2508)

Deniega la inscripción de los acuerdos de junta de una sociedad anónima, a la que no concurren todos los socios y en el orden del día

de cuya convocatoria se incluye una modificación estatutaria. En el apartado relativo al derecho de información, la convocatoria hace mención a los derechos generales del artículo 197 LSC, así como el especial del artículo 272-2 sobre aprobación de cuentas anuales. Pero no contiene las menciones exigidas por el artículo 287 en particular para la modificación de estatutos: expresión clara de los extremos que hayan de modificarse, derecho de los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación –y en el caso de anónimas, además, el informe sobre la misma–, así como el derecho a pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos.

Es doctrina consolidada que 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.

R. 28 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2509)

Sobre la base de la misma doctrina, deniega la inscripción de los acuerdos de junta de una limitada, a la que no concurren todos los socios y en el orden del día de cuya convocatoria se incluye una modificación estatutaria: en particular, un aumento de capital por compensación de créditos. En el apartado relativo al derecho de información, el anuncio de convocatoria no expresa el derecho de los socios a examinar el informe del órgano de administración, que es requisito especialmente exigido por el artículo 301 LSC para la convocatoria de juntas para aprobar este tipo de aumentos de capital.

R. 31 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2516)

Admite la inscripción de los acuerdos adoptados en junta general de una sociedad anónima convocada mediante correo certificado con aviso de recibo. La redacción estatutaria sobre convocatoria de la junta es anterior a las reformas legales de 2011 y 2012.

El actual artículo 173 LSC impone que la convocatoria se haga mediante la web social inscrita y publicada legalmente; en su defecto, mediante publicación en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia; pero permitiendo a los estatutos sustituir estos sistemas por cualquier otro de comunicación individual y escrita que asegure la recepción.

Los estatutos del supuesto prevén como primer sistema el de anuncio publicado en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia; si bien, cuando todas las acciones sean nominativas, se permite suplir dichas publicaciones mediante comunicación escrita a cada accionista.

La Dirección interpreta que la voluntad de los socios fue permitir que la forma legal de convocatoria pudiera ser sustituida por la comunicación individual escrita, si así lo permitiera la ley y en los términos en que ésta lo hiciera. Los cambios normativos se imponen sobre las previsiones estatutarias, pero sólo en la parte en que éstas sean incompatibles con una nueva norma imperativa; porque, en caso contrario, prevalece el carácter normativo de los estatutos que deben interpretarse conforme a la intención de los contratantes y demás criterios de interpretación de los contratos.

R. 13 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3531)

Rechaza la inscripción de una certificación de acuerdos de junta de una sociedad anónima, convocada por el Registrador Mercantil con el



único punto del orden del día de designar administradores al amparo del artículo 171 LSC. Se aporta un acta notarial de presencia del que resultan los siguientes hechos: los dos únicos socios, cónyuges entre sí, disienten sobre el número de acciones que corresponden a cada uno; en concreto, la socia no reconoce la mayoría que el socio afirma ostentar; tampoco reconoce la constitución y presidencia de la mesa, ni la mayoría de votación. La socia fundamenta su oposición aportando una resolución judicial de la que resulta el carácter ganancial de todas las acciones de la sociedad, en procedimiento de inventario de la sociedad de gananciales.

La mera oposición de algún socio a las decisiones de la mesa no desvirtúa la declaración de válida constitución de la junta realizada por ella, sin perjuicio del ejercicio de acciones judiciales por quien se sienta perjudicado. Sin embargo, tal doctrina se fundamenta en que la persona que realice tales declaraciones actúe en ejercicio de un cargo cuya regularidad resulte indiscutida. La determinación de los cargos de presidente y secretario de la mesa requiere una votación de los socios; y cuando la misma deviene imposible, es evidente que la junta no puede constituirse ni adoptar acuerdos. La resolución de contiendas entre las partes es ajena al procedimiento registral, y su conocimiento está atribuido a los tribunales.

R. 28 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4401)

Deniega la inscripción de unos acuerdos de junta convocada sobre modificación de estatutos, porque el certificante declara que la convocatoria se ha realizado mediante entrega en mano de la misma y acuse de recibo suscrito por cada socio, en lugar del sistema previsto en los estatutos sociales: publicación en el BORME y en un diario de gran circulación.

El carácter normativo de los estatutos sociales y su imperatividad determinan que, cuando establecen características concretas de la comunicación de la convocatoria, no es competencia del órgano de administración su modificación. Los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados, siendo esa la única forma en que esperan serlo y a la que habrán de prestar atención.

Además la inscripción de los acuerdos se deniega por otros motivos. La hoja social está cerrada por falta de depósito de cuentas. La certificación está expedida por el secretario de la junta y no por el administrador, quien se limita a dar el visto bueno, pero no asume como propio el contenido de la certificación. Al objeto social anterior –asesoramiento y planificación de empresas– se añaden nuevas actividades –correduría de seguros y actividad inmobiliaria– que se refieren a realidades económicas y jurídicas distintas, por lo que implican una modificación sustancial del objeto social, de modo que deben cumplirse las previsiones legales relativas al ejercicio del derecho de separación de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo (artículos 346 y siguientes LSC). No resultan del título presentado los estatutos cuya aprobación se ha realizado para adaptarlos a la Ley 44/2015 de Sociedades Laborales y Participadas, sin que obste su incorporación a una escritura anterior que en su día fue presentada y calificada negativamente.

R. 3 abril 2019 (BOE 98, 24-IV-19: 6123)

Deniega la inscripción de una modificación estatutaria sobre las mayorías ordinarias exigibles, exigiendo mayoría de votos para la adopción de acuerdos siempre que representen al menos el 80% de

los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Esta nueva disposición estatutaria no salvaguarda las mayorías máximas exigibles en determinados preceptos: los estatutos no podrán exigir una mayoría distinta a la ordinaria para acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el administrador (artículo 238-1 LSC); tampoco para acordar la disolución por causa legal (artículo 364).

R. 24 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7065)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de una sociedad limitada sobre aumento del capital social, que se presenta en unión de otra escritura de subsanación otorgada por quien en la misma junta fue apoderado en la forma más amplia para la ejecución y desarrollo de los acuerdos adoptados, subsanando en su caso errores y omisiones. La subsanación se refiere a la numeración de las nuevas participaciones expresada en la certificación de los acuerdos, así como al contenido de ésta para hacer constar que se confeccionó la lista de asistentes, fue firmada por todos ellos y que el acta fue aprobada por unanimidad.

Al tener la subsanación por objeto la rectificación del contenido de la certificación de los acuerdos sociales, sólo puede efectuarla quien ostente legalmente la facultad certificante (según los artículos 94-4º, 108 y 109 RRM), de la cual carece el apoderado otorgante.

LEGALIZACIÓN DE LIBROS SOCIALES

R. 21 febrero 2019 (BOE 63, 14-III-19: 3664)

Deniega la legalización, solicitada telemáticamente, de un libro de actas correspondiente al ejercicio de 2017. El artículo 18-1 Ley 14/2013 –vigente desde el 29 de septiembre de 2013– ordena que los libros obligatorios de los empresarios se legalicen telemáticamente en el Registro Mercantil después de su cumplimentación en soporte electrónico y antes de que transcurran cuatro meses desde la fecha de cierre del ejercicio. Transitoriamente, el apartado quinto de la Instrucción DGRN 1 julio 2015 eximió de ser presentados a legalización a los libros legalizados en blanco referidos a un ejercicio iniciado después del 29 de septiembre de 2013 y cerrado no más tarde del 31 de diciembre de 2014 que no hayan sido trasladados a un nuevo libro en formato electrónico. La regla sexta de la Instrucción DGRN 12 febrero 2015 exige, para poder llevarse a cabo la legalización, acreditar la íntegra utilización del anterior libro mediante certificación del órgano de administración.

En el supuesto resuelto, el administrador certifica que el anterior libro, legalizado el 11 de mayo de 1999, se cerró el 20 de julio de 2017. Según lo expuesto, la fecha de cierre no puede exceder del 31 de diciembre de 2014.

OBJETO SOCIAL

R. 27 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4396)

Deniega la inscripción de una escritura de constitución de una limitada en cuyo objeto se incluye la actividad de “consultoría financiera”, la cual es equiparada por la Dirección a la actividad de aseso-

ramiento en materia de inversión del artículo 140-1-g de la Ley del Mercado de Valores.

La actividad de consultoría implica necesariamente la de asesoramiento, que es actividad típica y reservada a las empresas de servicios de inversión, según el indicado artículo, con la exigencia de obtener autorización administrativa, de inscribirse en el registro administrativo de la CNMV y -en el caso de sociedades- de añadir a su denominación la correspondiente al tipo de empresa de inversión que corresponda (artículo 144). A diferencia de la compraventa de valores (supuesto de la R. 29 enero 2014), que no implica necesariamente actuación por cuenta de terceros, la asesoría siempre se realiza por definición por cuenta de terceros.

TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES

R. 9 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8190)

R. 23 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8863)

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, entendiéndose 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. 15 noviembre 2016, infra.), máxime cuando el propio registrador ha admitido la inscripción de otra cláusula recogida en el título y análoga a la calificada, referida a la determinación de la cuota de liquidación del socio.

SUBASTAS NOTARIALES

R. 2 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1518)

Deniega la inscripción de un acta notarial de venta en pública subasta otorgada en 2018, con referencia a un auto de 2017 del Juez mercantil que estableció el sistema de liquidación de la sociedad concursada, por no adaptarse al procedimiento de subasta electrónica introducido por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 en los artículos 72 y siguientes de la Ley del Notariado. La regulación de las subastas notariales es materia de orden público.

Además, tampoco ha tenido lugar otorgamiento de escritura pública de venta a favor del adjudicatario en la subasta, lo cual es exigido por el artículo 75-4 LN para los supuestos en que la Ley exija documento público como requisito de validez o eficacia de la transmisión.

SUCESIONES

CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

R. 4 enero 2019 (BOE 31, 5-II-19: 1522)

Admite la inscripción de una escritura autorizada por notario español por la que se adjudica la herencia testada de un causante alemán, sobre la base de un certificado sucesorio europeo vigente expedido por Tribunal alemán, que se incorpora a la escritura. El certificado sucesorio europeo es título de la sucesión (artículo 14 LH, modificado por la final 2ª de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil). Habida cuenta de que la disposición mortis causa a que se refiere el artículo 2 R (UE) 650/2012 está en la base del certificado, no será necesario en la sucesión testada unir o acompañar copia del testamento.

En cuanto a los requisitos formales del certificado, el Reglamento lo exime de la necesidad de legalización o apostilla. Sin embargo, nada dice de la lengua en que haya de ser expedido. La finalidad de la norma europea es facilitar la circulación de los ciudadanos ante una sucesión internacional (considerando 80), por lo que el registrador puede -sin que resulte obligado- solicitar una traducción si considera que no posee conocimientos lingüísticos suficientes para su comprensión. Pero tal petición es innecesaria en el caso resuelto, donde el notario manifiesta conocer lo suficiente la lengua alemana para la sencilla traducción de los campos cumplimentados en el formulario oficial empleado.

ENTIDADES RELIGIOSAS

R. 30 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2513)

El testador, viudo y sin descendientes ni ascendientes, legó determinado inmueble a una parroquia, nombrando albacea-contador-partidor a la persona que ejerce el cargo de párroco en la misma; e instituyó heredera a una Fundación Pía Canónica perteneciente a la Diócesis de Astorga. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de adjudicación de bienes otorgada, para dar cumplimiento a las citadas disposiciones testamentarias, por el citado párroco-albacea y por el Vicario de la Diócesis en nombre de dicha Fundación.

A las fundaciones canónicas no les resulta aplicable la Ley estatal 50/2002 de Fundaciones, cuyo artículo 4 condiciona la atribución de personalidad jurídica a su inscripción en el Registro de Fundaciones. Sin embargo, el obstáculo que impide la inscripción en el Registro de la Propiedad es la falta de la inscripción en el Registro Estatal de Fundaciones Religiosas, la cual resulta determinante para la adquisición de su personalidad jurídica (artículo 1-4 Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 1979; y transitoria segunda RD 594/2015), a diferencia de lo que ocurre con las circunscripciones territoriales -parroquias, obispados-, que gozan "ope legis" de personalidad jurídica en cuanto la tengan canónica (artículo 1-2). La Dirección no acepta el argumento de que la verdadera voluntad del testador, interpretada a través del albacea, no fue nombrar heredera a la Fundación, sino ordenar un legado a favor del Obispado con la obligación de dar a los bienes el destino propio de las actividades objeto de la Fundación. Esta tesis es totalmente contradictoria con los términos del testamento y del título.



Además la inscripción se deniega también por otros defectos: falta de declaración o autoliquidación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana; falta de constancia del domicilio y CIF de la Fundación; y aportación de mera fotocopia del certificado de defunción del causante.

ESTADO COMO HEREDERO

R. 13 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3530)

Suspende la inscripción de una resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado, dictada en procedimiento de declaración administrativa de herederos abintestato y adjudicación de bienes a favor del Estado como heredero universal del causante, acompañada de oficio del delegado especial de Economía y Hacienda, solicitando la inscripción del expediente tramitado.

La declaración de herederos a favor del Estado presenta especialidades, pero no en cuanto al necesario presupuesto previo de la inexistencia de otros herederos. En el caso resuelto, el causante era soltero, carecía de descendientes y sólo constaba su filiación materna. Es imprescindible acreditar el fallecimiento de la madre del causante y de sus tres tíos, siendo insuficiente a estos efectos la mera presunción basada en el hecho de que a la fecha de fallecimiento del causante estas personas tendrían más de 101 años. La defunción inscrita en el Registro Civil debe acreditarse inexcusablemente mediante certificación registral; y si no consta inscrita la defunción, deberá instarse la inscripción omitida previa o simultáneamente a la admisión de pruebas extrarregistrales. No resulta coherente con lo expuesto que en el expediente calificado, la existencia y fecha de estas defunciones se pretenda acreditar mediante la declaración de unos testigos unidas a la publicación de edictos. Además, los testigos que han actuado en el supuesto no cumplen el requisito legal de imparcialidad y no tener interés directo en la sucesión (artículos 56-2 LN y 62 Ley Procedimiento Administrativo Común de las AAPP), ya que han actuado al mismo tiempo como denunciados con derecho a un premio consistente en el 10% del caudal líquido de la herencia (artículo 7 Reglamento de la Ley de Patrimonio de las AAPP).

EXTRANJEROS

R. 14 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3534)

Admite la inscripción de la escritura de herencia de un nacional británico residente en España, fallecido tras la vigencia del Reglamento de Sucesiones 650/2012, bajo un testamento otorgado en España en 2011 en el que realizaba “*professio iuris*” a favor de su ley nacional británica, instituyendo heredera a su esposa, quien se adjudica todos los bienes en la escritura calificada. El registrador había exigido la actuación de ejecutores nombrados mediante “*probate*” y la elevación de éste a escritura pública.

Sin embargo, la Dirección admite la inscripción y recuerda la doctrina sentada en el supuesto de la R. 2 marzo 2018: no es necesario obtener y aportar certificado del executor testamentario o administrador de la herencia que acredite la cualidad de heredero (“*Grant of Probate*” o “*Letter of Administration*”), que a su vez derivaría de un previo “*Grant of Representation*”, figura prevista en el Derecho de Inglaterra y Gales como una legitimación judicial a favor del executor o administrador del caudal relicto, que sin embargo, no siempre es necesaria (en particular,

no lo es cuando el caudal hereditario no alcanza cierto valor, ni cuando los bienes pasan directamente al cónyuge o pareja civil del difunto por ser propiedades conjuntas entre ambos del tipo “*in joint names*”). En el caso resuelto, la “*lex rei sitae*”, es decir la española, es la que rige los procedimientos para la transmisión de los inmuebles; y el título de esta sucesión, a los efectos del artículo 14 LH, es el testamento.

R. 14 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5288)

Deniega la inscripción de la escritura -otorgada ante notario español- de adjudicación de herencia intestada de un nacional sueco fallecido antes de la vigencia del RUE 650/2012. Todos los bienes se adjudican a la viuda.

La Dirección entiende correctamente acreditado el Derecho sueco, mediante la afirmación de conocimiento del notario español basada en su aceptación de un certificado de ley sueca expedido por notario sueco, en español y debidamente apostillado. Del Derecho extranjero aplicable resulta que, a falta de distribución previa, el cónyuge hereda el patrimonio común y sucesorio, pero con la salvedad de que no podrá modificar *mortis causa* los derechos que los descendientes pudieran ostentar sobre el resto de los bienes heredados no dispuestos, resultando una posición similar a la de la institución conocida en Derecho español como sustitución fideicomisaria de residuo, mediante la técnica de la adaptación, prevista en el artículo 61 Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional. Ahora bien, la consecuencia es que, para inscribir el título calificado, será necesaria la correcta identificación de los hijos interesados, y la notificación a los mismos para constatar que no hay oposición a efectos del instituto adaptado.

Por otro lado, el título sucesorio a los efectos del artículo 14 LH es la declaración de herederos, que en este supuesto es el documento de relación de sucesores e inventario ante la oficina tributaria, que forma parte del documento expedido por notario sueco certificando los particulares del Derecho de Suecia. Sin embargo, no consta la aportación del certificado de defunción del causante (debidamente apostillado, al no ser Suecia parte del Convenio de Atenas, y ser temporalmente aplicable el RUE 2016/1191); ni tampoco la aportación de certificado del Registro de últimas voluntades español, complementado con expresión de la inexistencia de Registro Oficial de Testamentos en Suecia.

R. 24 mayo 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9472)

Deniega la inscripción de una escritura de donación con pacto de definición otorgada entre dos ciudadanos franceses residentes en Mallorca. 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. Lo que hay que determinar es si el título calificado supera el filtro de la validez formal. Según el RUE 650/2012 (que adapta el Convenio de La Haya de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias) una disposición *mortis causa* es formalmente válida si responde a la ley del Estado donde se otorgó, al de situación del inmueble, o al

de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de alguno de los otorgantes al tiempo del otorgamiento o del fallecimiento. En cuanto al punto de conexión de la nacionalidad, el pacto no cumple los requisitos exigidos por la Ley francesa para la validez de un pacto sucesorio: no intervienen dos notarios, ni se designan los beneficiarios de la herencia (<https://e-justice.europa.eu>). Los demás puntos de conexión conducen a la Ley balear, la cual exige, para poder celebrar un pacto de definición, que el disponente sea mallorquín, como también ocurre por ejemplo en el artículo 68 Ley de Derecho Civil Vasco, que exige la vecindad vizcaína o de Aramaiona o Llodio respecto de la troncalidad. Se trata de una conexión fundada en la tradición jurídica, que nada tiene que ver con la vecindad civil.

HERENCIA YACENTE

R. 12 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 88)

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.

Es doctrina consolidada que, para inscribir asientos contra la herencia yacente del titular registral, hay que acreditar: o bien el nombramiento y la demanda al administrador judicial de la herencia yacente; o bien -para que la exigencia de este nombramiento no resulte excesivamente gravosa- que el llamamiento a herederos indeterminados no ha sido puramente genérico, sino que la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En el supuesto resuelto, el llamamiento a desconocidos herederos ha sido 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. 17 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1589)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara adquirida una mitad indivisa de finca por usucapión, como resultado de procedimiento ordinario seguido contra los ignorados herederos del titular registral, siendo por tanto el llamamiento puramente genérico, sin acreditarse el nombramiento y la demanda a un defensor judicial de la herencia yacente.

Por otro lado, la sentencia tampoco es firme, por no haber transcurrido los plazos del recurso de audiencia al rebelde (artículo 524 LEC).

R. 31 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2514)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre los derechos hereditarios del deudor como heredero de uno de los cónyuges titulares registrales casados en régimen de comunidad.

Para este supuesto, el artículo 166-1-2º RH exige acreditar el fallecimiento del titular y cuál es la parte que corresponde al heredero deudor, acompañando los títulos sucesorios y el certificado de últimas voluntades. Esta exigencia se fundamenta en que la anotación pretendida no puede hacerse extensiva al derecho de otros posibles here-

deros, por lo que es preciso conocer qué derecho hereditario corresponde al deudor, ya que sólo su derecho podrá ser embargado. En el supuesto resuelto la inscripción se deniega porque se aportan meras fotocopias -en contravención de la exigencia de titulación auténtica del artículo 3 LH- de los certificados de defunción y última voluntad, así como del testamento, cuya copia además está incompleta. El hecho de tratarse de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales del fallecido, ya de por sí implica la existencia de otros interesados (el otro cónyuge o sus herederos).

R. 8 mayo 2019 (BOE 131, 1-VI-19: 8188)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara adquirida una finca por usucapión, como resultado de procedimiento ordinario seguido contra los desconocidos o ignorados herederos de los titulares registrales fallecidos, sin nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. El llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a los mismos, ni se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos testamentarios o legales.

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA

R. 27 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4393)

El testador había instituido heredera universal "a su esposa doña...". Ahora, se deniega la inscripción de la escritura de herencia, otorgada sólo por los hermanos del causante, quienes manifiestan que la institución testamentaria de heredera quedó sin efecto como consecuencia de divorcio posterior y que por ello se ha autorizado declaración de herederos abintestato a favor de los hermanos otorgantes.

La Dirección confirma su doctrina (R. 26 noviembre 1998 y R. 26 febrero 2003). La revocación de un testamento abierto sólo puede tener lugar en Derecho común mediante el otorgamiento de un nuevo testamento. El hecho de que el testador identifique a la heredera como su esposa, no puede entenderse como la expresión de una causa falsa a los efectos del artículo 767 Cc (y además, aunque se entendiera como causa falsa, el efecto legal sería tener la causa como no puesta, salvo que se acreditase que sin ella el testador no hubiese otorgado la disposición). Ciertamente el TS (Ss 28 septiembre 2018 y 26 septiembre 2018) ha interpretado que el hecho de que el testador realice una disposición a favor de su esposa, permite concluir que su voluntad era que tal disposición fuese ineficaz en caso de divorcio posterior. Sin embargo, en el ámbito notarial y registral la privación de eficacia del contenido patrimonial de un testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial dictada en procedimiento contencioso con fase probatoria.

LEGADOS

R. 21 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1027)

El testador -que carecía de legitimarios y concedía al legatario la facultad de autoposesionarse del bien-, legó una casa indicando sus concretos número de finca registral y término municipal de ubicación. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de aceptación y toma de posesión de dicho legado, por referirse a una finca que en el Registro aparece descrita como rústica, con otro número de finca registral



(aunque procedente de segregación de otra) y sita en otro término municipal.

No es obstáculo que la finca esté actualmente inscrita como rústica, porque en la inscripción se hace constar no obstante la existencia de una construcción. La inscripción se deniega por tratarse de fincas distintas, dada su diferente situación geográfica. Además, el testador sólo lega una vivienda, y no toda la finca rústica, lo que exige resolver primero la configuración jurídica de la finca legada, bien mediante su segregación, bien mediante la constitución de un derecho real que facilite la entrega del legado de cosa específica. La interpretación de cuál fue la voluntad del testador corresponderá a todos los herederos y a la legataria, o en su defecto a la autoridad judicial.

R. 25 enero 2019 (BOE 46, 22-II-19: 2507)

En su último testamento, un causante de vecindad civil aragonesa y casado en régimen legal de consorcio conyugal: reconoció a su viuda el usufructo de viudedad universal, y le legó "la parte que como ganancial le corresponde" en determinado inmueble; legó a diversos hijos y nietos determinadas fincas privativas, así como "la parte que como ganancial le corresponde" en otras; y en el remanente instituyó heredera a su esposa.

Una vez fallecido el causante, se otorgaron sucesivamente los siguientes actos. La viuda renunció a la herencia testada o intestada de su esposo, conservando el usufructo universal. Los legatarios fueron aceptando sus respectivos legados, adjudicándose: en pleno dominio las fincas privativas; y una mitad indivisa de las fincas consorciales, si bien bajo la advertencia notarial de que, para la plena efectividad de los legados de cosa común, debería acreditarse la liquidación del consorcio conyugal, de modo que las adjudicaciones quedaban supeditadas a que los bienes fuesen adjudicados a la herencia del causante. En escrituras posteriores todos los hijos excepto uno de ellos renunciaron a los derechos que les correspondiesen en la herencia testada o intestada de su padre. Finalmente, fueron declarados mediante acta de notoriedad, como únicos herederos abintestato del causante, todos sus hijos, sin perjuicio del usufructo viudal del cónyuge supérstite.

Ahora se debate la inscripción de la escritura de liquidación de comunidad conyugal y adjudicación de herencia, otorgada sólo por la viuda y el único hijo no renunciante -como único heredero-, quienes disponen que, en lugar de adjudicar a la herencia del causante la cuota que le corresponde en los bienes consorciales, todos ellos -pese a haber sido previamente objeto de adjudicación por los legatarios- sean adjudicados en pleno dominio a la viuda, quien compensa en metálico a la herencia de su cónyuge.

La Dirección deniega la inscripción pretendida porque no cabe interpretar la renuncia a la herencia como renuncia a los legados que habían sido aceptados anteriormente (artículo 345 CDFA). Tales legados no quedan sin efecto.

No obstante, son rechazados los demás defectos de la calificación. Es perfectamente posible adjudicar todos los bienes consorciales a la viuda; y en general, disponer de la totalidad de la posición de uno de los consortes en la sociedad consorcial. Cabe extender al consorcio conyugal aragonés la siguiente doctrina jurisprudencial sobre la sociedad de gananciales: disuelta la sociedad y aún no liquidada, surge una comunidad "postconsorcial" en la cual, hasta la liquidación, cada comunero ostenta y puede disponer de una cuota abstracta sobre el todo en cuanto patri-

monio separado colectivo, pero ninguno ostenta sobre cada uno de los bienes una cuota de la que pueda disponer separadamente. Los cotitulares pueden realizar la partición del remanente (artículo 267 CDFA) como tengan por conveniente, con tal de no perjudicar los derechos de tercero, lo que permite la adjudicación del todo a un solo cotitular que compense en metálico a los restantes, sin perjuicio de la trascendencia que tal operación pueda tener respecto de la capacidad, legitimación o fiscalidad.

También se rechaza la exigencia de que los legatarios de inmuebles consorciales deban recibirlos directamente e intervenir en la valoración de los mismos para defender sus derechos. Es cierto que cualquiera de los cónyuges puede disponer *mortis causa* de su participación en el patrimonio común (artículo 238-1 CDFA); y también que la disposición de bienes comunes determinados realizada por uno solo de los cónyuges a favor de tercero sólo será eficaz si en la liquidación del consorcio los bienes son adjudicados a la herencia del disponente, entendiéndose legado su valor en caso contrario (238-2). Pero estas normas no significan que la liquidación se vea condicionada por la disposición del testador, sino al revés: son los efectos de la disposición los que van a depender de la adjudicación. En la liquidación del consorcio deben intervenir quienes sean partícipes (cónyuges, sus herederos o los legatarios de la participación global del cónyuge causante en el consorcio (artículo 258)), pero no quienes sean meros legatarios de bienes consorciales concretos, quienes no son verdaderos partícipes en la comunidad postconsorcial y sólo tienen derecho a solicitar la entrega de su legado.

R. 20 febrero 2019 (BOE 62, 13-III-19: 3603)

La testadora, viuda y sin descendientes ni ascendientes, legó una finca determinada a su hermano e instituyó heredero a su sobrino. Ahora la Dirección admite la inscripción de la escritura de herencia otorgada sólo por el heredero, quien manifiesta: que no existen deudas en la herencia; que se compromete a entregar el legado ordenado por la testadora; que el legatario reside en Venezuela y desconoce su paradero; y que solicita anotación preventiva de legado sobre la finca legada, la cual se describe con los datos exigidos por la legislación hipotecaria.

El registrador deniega la inscripción de la herencia hasta que se haya producido la entrega del legado y el previo pago a los acreedores conocidos, por entender que la finca se encuentra en administración, todo ello en virtud de los artículos 1026 y 1027 Cc. Pero la Dirección entiende que estos preceptos se refieren a la herencia aceptada a beneficio de inventario, pero no a una herencia aceptada de forma pura y simple como la del supuesto. Tampoco procede denegar la inscripción en virtud del artículo 1029 Cc, según el cual, si después de pagados los legados, apareciesen otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en caso de no quedar bienes suficientes en la herencia. En el expediente resuelto, el heredero único se ha comprometido a la entrega del legado y, al haber aceptado pura y simplemente, responderá con su patrimonio ante nuevos acreedores aún no conocidos. Por tanto, no habiendo legitimarios, no se puede suspender la adjudicación de los restantes bienes de la herencia a favor del heredero.

R. 27 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4391)

En sus respectivos testamentos cada uno de los cónyuges instituyó herederos a sus tres hijos, y legó a su nieto -hijo de otro hijo premuerto-, en pago de su legítima, la parte que le correspondía en una porción de solar determinado, en concreto la parte del solar donde existe una casa, entendiéndose comprendida en el legado dicha edificación.

Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia otorgada por los tres hijos y herederos, así como la viuda del hijo premuerto actuando en representación legal de su hijo, el nieto legatario. En ella, se inventaría una finca consistente en un solar donde hay una sola edificación inscrita, si bien catastralmente consta la existencia de otro edificio. Todos los otorgantes convienen en que el legado ordenado comprende sólo la parte de solar donde está el edificio no inscrito, el cual no fue costado por los causantes (sino por el hijo premuerto, del cual es heredero el nieto legatario), de modo que como operación preparticional se segrega la finca en dos partes: la casa inscrita, que se adjudica a los herederos; y el solar edificable, que se adjudica al nieto por un valor que cubre su legítima estricta.

A juicio del registrador no queda clara si la voluntad testamentaria fue legar al nieto la legítima larga o la estricta. Sin embargo, la Dirección revoca el defecto porque la interpretación de que se legó la legítima corta ha sido realizada por todos los interesados.

Otro defecto consiste en entender que el legado adjudicado (solar) es diferente al ordenado por los testadores (solar con casa). Sin embargo, una interpretación literal y lógica de la cláusula testamentaria donde se ordena el legado lleva a entender que éste sólo es efectivo en cuanto al solar, pero que no es válido en cuanto a la edificación, ya entendamos que es legado de cosa ajena ignorándolo el testador (artículo 864 Cc), o legado de cosa que ya era del legatario (866).

Tampoco es necesario que la representante legal del legatario menor de edad recabe la autorización judicial prevista para los actos de disposición y repudiación de herencias y legados, por entender que lo efectivamente adjudicado al menor vale menos que lo que le fue legado. No se manifiesta haber realizado ninguna renuncia o transacción. Tampoco hay oposición de intereses entre representante y representado. La interpretación que se ha realizado de la cláusula testamentaria del legado es conforme a la voluntad del testador; pero es que, aunque no hubiese sido así, sería admisible con el consentimiento de todos los interesados (S TS 14 julio 1995).

R. 28 febrero 2019 (BOE 73, 26-III-19: 4398)

La testadora falleció en 1963, sin descendientes ni ascendientes y dejando viudo con quien estaba casada en régimen de gananciales. Legó a cierta legataria "la mitad que como gananciales corresponde a la testadora" en determinada finca; y en el remanente instituyó herederos a sus cuatro sobrinos. La sociedad de gananciales nunca fue liquidada. Mediante escritura de 1964 el viudo, reconociendo que la mitad que fue de su esposa ya pertenecía a su legataria, le dona también su propia mitad de finca. Ahora la Dirección deniega la inscripción de una escritura actual mediante la que la legataria acepta el legado ordenado por la testadora, y manifiesta que no es precisa la entrega del legado por los herederos, acreditándose por notoriedad mediante dos testigos la posesión de la finca por parte de la legataria desde que le fue donada la segunda mitad en 1964.

Es necesaria la intervención de los herederos. En primer lugar, porque no se ha liquidado la sociedad de gananciales de la testadora y del donante, lo cual no sería ciertamente necesario si todos los herederos concurren al acto de disposición. Por otro lado, aunque en este caso el legado es de cosa determinada y no hay legitimarios, la legataria no ha sido facultada en el testamento para autoposeionarse del legado (artículo 81-1 RH), sin que sea posible fundar la

innecesariedad de la entrega en la acreditación de que la legataria ya estuviese en posesión de la finca desde la apertura de la sucesión (en 1963), ya que el acta de notoriedad declara la posesión sólo desde un momento posterior (en 1964).

LEGÍTIMA

R. 20 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1022)

El causante tenía vecindad civil vasca al tiempo de su fallecimiento, el cual tuvo lugar vigente la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, si bien el testamento que rige su sucesión es anterior; y en él legaba a uno de sus hijos la legítima estricta que por ley le correspondiese y nombraba heredero universal al otro.

La Dirección admite ahora la inscripción de la escritura de herencia otorgada sólo por el heredero, quien se adjudica todos los bienes sin ninguna adjudicación a favor del otro hijo. El artículo 9-8 Cc conserva la validez de las disposiciones testamentarias conformes a la ley personal al tiempo del otorgamiento, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustará a esta última. La sucesión del supuesto se rige por la citada Ley 5/2015, que elimina la legítima estricta como atribución mínima para todo legitimario, sustituyéndola por una legítima global o colectiva de un tercio de libre atribución a uno o varios legitimarios (artículos 48 y 49).

Por lo tanto, en este supuesto se ha respetado la legítima de los descendientes establecida por la nueva ley para la cual la preterición, intencional o no, equivale al apartamiento del preterido. No se trata de un problema de interpretación de un testamento, sino de aplicación de la Ley.

R. 14 febrero 2019 (BOE 61, 12-III-19: 3533)

El testador instituyó herederos a sus hijas, excepto a una de ellas, cuya legítima estricta manifestaba haberle satisfecho en vida en los términos y forma que resultan del testamento. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia, otorgada sólo por el cónyuge viudo y las herederas, pero sin intervención de la legitimaria no heredera.

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. 6 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4541)

El causante dejó viuda y tres nietos, hijos de su premuerta única hija. En su testamento, instituye heredera a su esposa, y deshereda nominativamente a sus tres nietos y a sus respectivos hijos mayores de edad, por la causa del artículo 853-2 Cc y especialmente por haberse despreocupado del testador, no teniendo contacto desde hace muchos años, a pesar de su avanzada edad. Ahora se pretende la inscripción de la instancia de adjudicación de herencia otorgada sólo por la viuda, quien se adjudica toda la herencia.

La Dirección deniega la inscripción, en tanto: o bien se identifiquen los hijos de los nietos desheredados que sean mayores de edad; o bien se manifieste la inexistencia de descendientes de los nietos desheredados al tiempo de abrirse la sucesión; o bien intervengan los descendientes que en su caso existan.



R. 5 abril 2019 (BOE 98, 24-IV-19: 6126)

La testadora legó a una hija su legítima estricta disponiendo que le fuese pagada con una determinada finca; en el remanente instituyó herederos a sus otros cuatro hijos; y nombró albacea-contador-partidor.

Ahora se deniega la escritura de partición de herencia, otorgada por los cuatro herederos, quienes se adjudican todos los bienes, salvo la finca legada a la restante legitimaria, la cual ponen a disposición de la misma; y declaran que no es precisa la intervención del albacea contador por concurrir todos los herederos de mutuo acuerdo.

La testadora no ha realizado la partición de su herencia, pues no hay avalúo ni adjudicación definitiva, sino que ha establecido unas meras normas de partición. Tampoco hay partición por el contador, pues su intervención ha sido excluida por los herederos. En consecuencia, es necesaria la intervención de la legitimaria ausente a los efectos de determinar su cuota en el haber líquido relicto.

PARTICIÓN

R. 12 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 89)

Deniega la inscripción de un auto dictado en procedimiento de división judicial de herencia por el que se acuerda homologar una transacción judicial alcanzada entre las partes y recogida en el correspondiente cuaderno particional. Es precisa la protocolización notarial del cuaderno.

En los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa, es necesaria escritura pública. Es obligatoria la protocolización notarial de la partición judicial concluida sin oposición, previa su preceptiva aprobación mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia (artículo 782-2 LEC). La referencia a la sentencia firme que realiza el artículo 14 LH se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición.

R. 26 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7073)

Deniega la inscripción de una escritura de adjudicación de las herencias de los titulares registrales y de sus herederos en la cual, como operaciones preparticionales, se agrupan fincas, se declara sobre la finca agrupada la obra nueva de un edificio que se divide horizontalmente, con adjudicación de las fincas resultantes a los coherederos. No concurre al otorgamiento uno de los herederos de los titulares registrales, cuyo consentimiento es necesario para la agrupación, la obra nueva, la liquidación de la sociedad conyugal y la partición hereditaria.

No estamos ante ninguna de las excepciones legales a la necesidad de concurrencia de todos los herederos a la partición: no hay partición hecha por el testador (artículo 1056 Cc), sin que a la misma se pueda equiparar que el causante haya establecido simples normas particionales; y tampoco hay partición de contador-partidor (artículo 1057 Cc), ni delegación de la facultad de mejorar (artículo 831 Cc).

TRANSMISIÓN

R. 5 abril 2019 (BOE 98, 24-IV-19: 6127)

R. 11 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6452)

Es doctrina consolidada que el derecho de transmisión del artículo 1.006 Cc no es una nueva delación hereditaria, ni fracciona el "ius delationis" de la herencia del causante, que mantiene su unidad orgánica y funcional. Los transmisarios, al aceptar la herencia del transmitente, su-

ceden directamente al causante (la del transmitente es otra sucesión). Sin embargo, si bien el "ius delationis" se ejercita de manera directa -sin pasar por la herencia del transmitente-, sólo puede referirse al acto de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero no debería afectar a otras consecuencias ni vulnerar las leyes sucesorias. Aunque este derecho consiste en una opción del transmisario, lo cierto es que tiene valor patrimonial, por lo que debe computarse a los efectos de determinar el importe de la legítima del transmitente; y al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos.

En aplicación de esta doctrina:

-La R. 5 abril 2019 suspende la inscripción de una escritura de herencia, cuyo causante dejó viuda y cuatro hijos, uno de los cuales falleció a continuación sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su padre y dejando a su vez viuda y tres hijos, quienes aceptan la herencia de su abuelo por derecho de transmisión sin intervención de su madre. Sin embargo, entiende la Dirección que en la partición de la herencia del primer causante es necesaria la intervención de la viuda del segundo causante (transmitente). Nada cambia esta solución el hecho de que el usufructo de la viuda del segundo causante esté pendiente mientras viva la viuda del primero, a quien corresponde el usufructo universal. Se trata de un usufructo sucesivo o expectante, plenamente admitido por el artículo 469 Cc, que tiene contenido económico y es perfectamente inscribible.

-La R. 11 abril 2019 suspende la inscripción de una escritura de herencia cuya causante dejó viudo y tres hijos, quienes fueron declarados herederos abintestato, uno de los cuales murió después de su madre sin haber aceptado ni repudiado su herencia, dejando viuda y sin descendientes, por lo que fue declarado heredero abintestato su padre, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su viuda. En la escritura de herencia de la primera causante debe intervenir la viuda del transmitente.

R. 5 junio 2019 (BOE 150, 24-VI-19: 9484)

Uno de los hijos y herederos de los causantes, que les sobrevivió, murió sin haber aceptado ni repudiado la herencia de sus padres, bajo su propio testamento en el que había establecido una sustitución fideicomisaria. Ahora se admite la inscripción de la escritura de herencia de los causantes, entendiendo la Dirección que el fideicomiso establecido por el hijo transmitente sobre su propia herencia no se extiende a los bienes integrantes de la herencia de sus padres.

En el supuesto del derecho de transmisión del artículo 1.006 Cc, las herencias del causante y del transmitente no llegan a confundirse. Esta necesidad de diferenciar las dos sucesiones se hace aún más imprescindible en los casos en que ambas se rijan por ordenamientos distintos que establezcan legítimas diferentes. Inscribir la adjudicación a favor del transmisario con la limitación de un fideicomiso no ordenado por los causantes, supondría la intrusión en la herencia de los mismos de un elemento extraño y ajeno a su voluntad, que es la suprema ley de su sucesión.

TANTEO Y RETRACTO

R. 26 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7074)

Deniega la inscripción de una escritura actual de compraventa de dos fincas que en el Registro aparecen gravadas con un derecho de

tanteo, el cual fue constituido por la sociedad hoy vendedora en su día, cuando adquirió la finca, a favor de las dos sociedades que entonces le vendieron. La sociedad hoy vendedora pretende que el derecho de adquisición preferente ha caducado por transcurso del plazo previsto en el artículo 1508 Cc para la venta con pacto de retro.

Sin embargo, la Dirección entiende que no estamos ante una venta a carta de gracia, sino ante un tanteo convencional inscrito de acuerdo con la doctrina del “*numerus apertus*” de derechos reales. Así, es doctrina consolidada la que admite (sobre la base del artículo 7 RH) el poder de configuración de nuevos derechos reales -o de modalización de los ya existentes- basado en la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, siempre que se respeten dos límites: el respeto a las características estructurales típicas de los derechos reales (generalidad, inmediatividad y absolutividad); y la necesaria determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho. En particular, cabe la configuración como derecho real de los derechos de adquisición preferente, siempre que no quepa la menor duda de la voluntad de las partes al respecto.

Respecto del tanteo del supuesto, en tanto no transcurran los plazos del artículo 210-1-8ª LH, no procederá su cancelación por caducidad, sino que será preciso para ello el consentimiento del titular registral o resolución judicial en procedimiento dirigido contra él (artículo 82 LH). Ahora bien, aunque no sea posible la cancelación del tanteo por caducidad, nada impide la inscripción de la compraventa calificada arrastrando la carga, siempre que se realice la notificación fehaciente pactada al titular del derecho de adquisición.

TRACTO SUCESIVO

R. 14 diciembre 2018 (BOE 3, 3-I-19: 94)

Deniega la inscripción de una sentencia que rescinde por fraude de acreedores varias transmisiones sobre una misma finca, ordenando la cancelación de las consecuentes inscripciones registrales. La finca no consta inscrita a nombre de los demandados, sino de adquirentes posteriores que no han intervenido en el procedimiento sin que tampoco se haya tomado anotación preventiva de la demanda antes de la inscripción de su derecho.

R. 28 diciembre 2018 (BOE 24, 28-I-19: 1036)

Deniega la inscripción de un auto recaído en expediente de dominio para inmatriculación, por el que se declara el dominio de una finca ya inscrita, a favor de quien compró privadamente al titular registral.

Lo que se pretende es que un expediente inmatriculador sirva para reanudar el tracto. El expediente de reanudación tiene trámites esenciales distintos del inmatriculador, cuya finalidad es evitar la indefensión del titular inscrito. Además, tampoco ha existido verdadera interrupción del tracto, ya que el promotor adquirió directamente del titular inscrito.

R. 10 enero 2019 (BOE 32, 6-II-19: 1583)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de demanda, porque al presentar el mandamiento la finca resulta inscrita a nombre de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento (en el que el

demandante solicita que se obligue al demandado al cumplimiento de un contrato de compraventa).

R. 1 febrero 2019 (BOE 57, 7-III-19: 3272)

Deniega la inscripción de un expediente notarial de dominio para reanudación de reanudación de tracto interrumpido. La última inscripción de dominio tiene más de 30 años y está practicada a favor de un titular de nacionalidad suiza, casado con otra nacional suiza de acuerdo con el régimen matrimonial de su país. El promotor del expediente adquirió en escritura pública de quien aseguró haber adquirido en documento privado de compra a la esposa del titular registral. Mediante certificados de defunción y últimas voluntades se acredita el fallecimiento del titular registral y su esposa, así como la ausencia de testamento otorgado en España. El promotor manifiesta desconocer si otorgaron testamento en algún otro país, así como quiénes pudieran ser sus herederos. La inscripción se deniega porque se ha omitido toda forma de notificación a los herederos del titular, aún en forma edictal y genérica (artículo 208-2º-3ª LH).

Por el contrario se desestima el otro obstáculo de la calificación, relativo al carácter defectuoso de la notificación a dos de los colindantes. En efecto, los acuses de recibo indican: “ausente de reparto”, respecto de uno de ellos; y “dirección incorrecta” respecto del otro. Ciertamente, el artículo 199 LH exige que las notificaciones del Título VI LH sean personales, admitiendo el edicto publicado en el BOE cuando el interesado fuese desconocido, ignorado el lugar, o se hubiesen intentado dos notificaciones infructuosas. Y también es cierto que el artículo 208 exige notificar -además del último titular registral- a los interesados referidos en la regla quinta del apartado primero del artículo 203, es decir, a los colindantes registrales y catastrales. Sin embargo, entiende la Dirección que esta remisión genérica no puede entenderse extensiva a los colindantes en el ámbito propio de los expedientes de reanudación de tracto, donde no son “interesados” (a diferencia de lo que sucede en los expedientes de inmatriculación o rectificación de descripción). El carácter defectuoso de las notificaciones a los colindantes no puede impedir una inscripción para la cual las mismas son innecesarias.

R. 8 febrero 2019 (BOE 57, 7-III-19: 3279)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara la resolución de un contrato de cesión onerosa sujeta a condición suspensiva, así como la cancelación de unas anotaciones preventivas de embargo practicadas con posterioridad. La titular actual es una sociedad, la cual adquirió después de la condición, y no resulta que haya intervenido en el procedimiento, cuya demanda inicial tampoco consta anotada.

R. 21 febrero 2019 (BOE 63, 14-III-19: 3661)

Admite la inscripción de un mandamiento judicial que ordena la anotación de una demanda por la que se reclama la declaración de nulidad de un préstamo hipotecario, con la consiguiente cancelación de la inscripción del derecho real de hipoteca. El registrador había denegado la inscripción por falta de tracto, pero la Dirección sin embargo entiende que no hay tal defecto, porque precisamente la titular registral de la hipoteca es precisamente la sociedad de demandada.

R. 6 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4543)

El título calificado es una sentencia que anula un contrato de permuta, ordenando la inscripción del dominio a nombre del demandan-



te, así como la cancelación de los asientos posteriores a la permuta. Ciertamente fue practicada en su día anotación preventiva de la demanda; pero con anterioridad a la misma existían tres anotaciones que aún continúan vigentes al tiempo de la presentación de la sentencia. Es correcta la decisión del registrador de inscribir el dominio a favor del demandante, pero no cancelar las tres anotaciones cuyos respectivos titulares no han sido parte en el procedimiento.

R. 18 marzo 2019 (BOE 85, 9-IV-19: 5293)

Deniega la anotación preventiva de un embargo, porque el mandamiento se dirige contra persona distinta del titular registral. Tampoco se dice nada en el mandamiento sobre la existencia de otra titularidad extrarregistral.

R. 10 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6450)

Deniega la expedición de certificación en expediente notarial de reanudación de tracto sucesivo interrumpido. Frente a la alegación del recurrente de que la expedición de la certificación solicitada es un acto de trámite y de que su denegación constituye una precalificación, la Dirección entiende que es precisamente este trámite inicial de expedición de certificación el momento procesal adecuado para poner de manifiesto los defectos que ahora mismo ya se sabe que impedirán la inscripción del expediente.

En cuanto al fondo, no existe en este caso una verdadera interrupción del tracto, según la doctrina consolidada de la Dirección hoy refrendada por el actual artículo 208 LH. En efecto, el promotor es el heredero de sus padres, titulares registrales. Bastaría con aportar los títulos sucesorios, junto con los certificados de defunción y últimas voluntades, y la escritura de herencia. Tampoco se aprecia una extraordinaria dificultad para la obtención de la titulación ordinaria. Cuando la Dirección ha apreciado esta dificultad admitiendo el expediente de reanudación, se ha tratado siempre de casos en los que el promotor había adquirido sólo de algunos de los herederos del titular careciendo de acción directa contra los demás. Sin embargo, en el caso resuelto el promotor es heredero directo, por lo cual puede reclamar judicialmente la división de la herencia (artículos 782 y siguientes LEC).

R. 29 abril 2019 (BOE 114, 13-V-19: 7077)

Se refiere al mismo supuesto que la R. 1 marzo 2019 (BOE 75, 28-III-19: 4537). Consta inscrita la adjudicación de dos fincas a dos de los tres hijos y herederos del titular. Ahora se presenta otra escritura -otorgada antes pero presentada después- por la que ambas fincas se agrupan, adjudicando la agrupada a la viuda en usufructo y a los tres hijos proindiviso en nuda propiedad. La Dirección lo deniega. Además del defecto apreciado por la calificación inicial, la inexistencia jurídica de las fincas cuya agrupación consta inscrita, existe otro obstáculo que es la falta de tracto.

R. 17 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8859)

Deniega la inscripción de un auto judicial de reanudación de tracto sucesivo tramitado conforme a la normativa anterior a la Ley 13/2015, por no existir verdadera interrupción del tracto, ya que la promotora del expediente afirma haber adquirido por herencia de la titular registral fallecida hace más de treinta años. Es constante la doctrina que afirma que este expediente es un medio excepcional que sólo procede cuando hay verdadera interrupción del tracto; es decir, cuando la inscripción de una adquisición no se puede basar inmediatamente en el

derecho del titular registral. En el supuesto resuelto lo procedente es otorgar el título de adquisición de la promotora.

TUTELA

R. 10 abril 2019 (BOE 103, 30-IV-19: 6448)

Admite la inscripción de una escritura de venta otorgada, en representación de un titular con capacidad modificada judicialmente, por una persona apoderada por su tutora, quien cuenta con la oportuna autorización judicial (artículo 271-2 Cc). Lo que cuestiona la calificación impugnada es si es suficiente la reseña de los autos judiciales de nombramiento de tutora y autorización de venta realizados por el notario, o si por el contrario, deben aportarse testimonios originales para su calificación. La Dirección se remite a la doctrina sentada, a propósito de la sucesión intestada, por la R. 17 septiembre 2018: frente al testamento, en las declaraciones de herederos ab intestato, si bien el registrador debe contar también con todos los particulares necesarios para su calificación, nada impide que la constatación documental de los mismos pueda ser realizada por el notario autorizante, bien mediante transcripción total o parcial, bien mediante testimonio en relación, los cuales quedan bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de titulación auténtica del artículo 3 LH.

USO

R. 16 mayo 2019 (BOE 141, 13-VI-19: 8856)

Deniega la inscripción de un pacto consignado en un convenio regulador de separación aprobado judicialmente, por el que los cónyuges establecen que las hijas quedan bajo la custodia habitual de la madre, quien establece la residencia en el domicilio familiar. No está claro el alcance del derecho reconocido a la cónyuge y las hijas, en cuanto a su configuración y límites. No es lo mismo la fijación de un domicilio o residencia en determinado inmueble (artículo 51-9-e RH), que la atribución de un derecho de uso sobre una vivienda a favor de persona distinta del titular y con eficacia "erga omnes", que integra un derecho ocupacional y una limitación dispositiva para el dueño.

Sin embargo, se desestima el otro defecto de la calificación y se considera inscribible el otro pacto, por el cual el padre "renuncia a favor de las hijas" a la mitad indivisa que le corresponde sobre la vivienda. Ciertamente nuestro ordenamiento es causalista, por lo que se exige la perfecta concreción y causalización del negocio jurídico cuya inscripción se pretende; pero también es cierto que las reglas sobre interpretación de los contratos intentan favorecer la conservación del contenido y eficacia de las declaraciones de voluntad válidamente emitidas. La "renuncia" del supuesto es un negocio jurídico de cesión del derecho de dominio del marido a favor de las hijas sin contraprestación alguna (el padre mantiene el compromiso de pagar los gastos de la vivienda), todo lo cual supone la existencia jurídica de una donación. La regla general de la necesidad de escritura pública en la donación de inmuebles (artículo 633 Cc) se ha dulcificado al admitirse el convenio regulador en los negocios complejos de carácter familiar. Por otro lado, la voluntad de aceptar la donación no requiere términos sacramentales, sino que puede resultar de la redacción del documento; y en este supuesto, al ser menores de edad las hijas, la aceptación corresponde a los padres otorgantes, como representantes y titulares conjuntos de la patria potestad.

Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notario del Masnou

ATRIBUCIÓN DE USO DE VIVIENDA CONYUGAL

El convenio regulador de una separación que atribuye a uno de los cónyuges el uso de la vivienda conyugal no puede establecerlo por tiempo indefinido.

RESOLUCIÓN JUS/26/2019, de 7 de enero (DOGC 16.01.2019)

RESUMEN.- Se presenta para su inscripción en el Registro de la Propiedad testimonio de un decreto judicial dictado en procedimiento de separación en el que se aprueba un convenio regulador por el que se atribuye a uno de los exconsortes el uso de lo que fue la vivienda conyugal; el único hijo del matrimonio es mayor de edad y no vive en el domicilio conyugal. La registradora de la propiedad suspende la inscripción por falta de concreción del plazo de duración del derecho de uso atribuido.

La DGDEJ confirma la calificación registral. En primer lugar, repasa la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda habitual atribuido después de una ruptura matrimonial, en su doble vertiente de derecho de carácter familiar y de derecho real. Su vertiente familiar aparece por el hecho de ser utilizada como una manera de satisfacer el derecho de alimentos que tienen los hijos menores de edad o como forma de pago de la prestación compensatoria; en el primer caso, se suele vincular a la duración de la guarda.

En el supuesto que nos ocupa, la atribución del uso de la vivienda no se hace en pago de la pensión de alimentos a favor del hijo ni de la prestación compensatoria, sino por ser la usuaria copropietaria de la vivienda, sin especificar ninguna causa más. La DG supone que la causa puede ser que dicha persona fuese la más necesitada de

protección: «esta circunstancia, si no hubiera acuerdo entre los cónyuges, nos llevaría a la aplicación del artículo 233-20.3b del Código civil de Cataluña, y, por aplicación del artículo 233-20.5, la autoridad judicial también podría atribuir el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, pero en este caso la atribución del uso siempre tendrían que tener un carácter temporal, por declaración expresa de la ley. Es decir, parece que la ley impone que el derecho de uso sobre la vivienda conyugal basado en una causa no relacionada exclusivamente con la guarda de los hijos siempre es de duración temporal... También nos lleva a la misma conclusión el artículo 233-24, que presupone la temporalidad del derecho de uso y que si se quisiera pactar con una duración indefinida se tendría que pactar expresamente» (FD 2.3).

Además, en el caso presente sería plausible que una causa de atribución del derecho de uso sea sencillamente en razón de ser cotitular, con el fin de ejercer la posesión inmediata, lo que haría necesaria la determinación temporal del derecho, con el fin de excluir de manera voluntaria la aplicación del artículo 552-6.1 CCCat, que permitiría el uso del otro cotitular de la finca mientras durara la situación de comunidad ordinaria. También considera que una duración indefinida de este derecho de uso podría comprometer el procedimiento de división y tener un efecto impeditivo de la división, sin que en ningún momento se haya pactado la indivisión de la cosa común (art. 552-10.3 CCCat –supongo que se refiere al punto 2).

Finalmente, «cuando se trata de derechos que por naturaleza son limitados en el tiempo, un elemento básico que tiene que constar en el registro de forma clara es la duración. La imprecisión en la duración del derecho de uso es contraria al principio de especialidad y, en consecuencia, en este sentido tampoco es inscribible» (FD 2.6).



COMENTARIO.- La presente resolución reitera la doctrina de las RRDGDEJ de 21 de junio de 2016 y 6 de junio de 2018. También el TSJC en la S. 74/2015 resolvió que si se establecía a favor del cónyuge más necesitado, debía fijarse con carácter temporal. No obstante, en el presente supuesto ambos cónyuges están de acuerdo en la cesión del derecho de uso sin limitación temporal, lo que puede fácilmente interpretarse como una cesión por tiempo indefinido, es decir, con carácter vitalicio. Si se admite esta interpretación se daría cumplimiento incluso al principio de especialidad registral. La cuestión es si hay algún precepto que impida a las partes atribuir a uno de ellos, de mutuo acuerdo, el uso de la vivienda conyugal con carácter vitalicio. El criterio de la DGDEJ, sorprendentemente, es que sí. El primer argumento se basa en el art. 233-20 CCCat que entiendo que no es aplicable en este caso, pues no nos hallamos ante ninguno de los supuestos que prevé dicho precepto: el punto 1 regula la atribución del uso para satisfacer los alimentos de los hijos o la prestación compensatoria; y los puntos 2 a 7, los supuestos en que no hay acuerdo o este no es aprobado. El segundo argumento es el art. 233-24 que, según la DG presupone la temporalidad; supongo que se está refiriendo al punto 2 que prevé varias causas de extinción del derecho de uso «si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge», pero el uso del condicional antes ratifica que excluye que se pudiera atribuir sin carácter temporal. Tampoco los arts. 552-6.1 y 552-10.3, en sede de comunidad ordinaria, prohíben pactar la cesión del uso de la cosa común por tiempo indefinido. No veo, por lo tanto, fundamento legal alguno para limitar la autonomía de la libertad de las partes; y tampoco me parece forzada una interpretación que atribuya a la cesión de uso el carácter vitalicio, dado el carácter personal de la cesión y a la ausencia de un límite temporal pactado (como sería el caso, por ejemplo, de una servidumbre personal).

PROPIEDAD HORIZONTAL

El certificado acreditativo del estado de deudas con la comunidad de propietarios no requiere que las firmas estén legitimadas y, cuando lo expide un profesional externo como secretario, no es necesario que se acredite el nombramiento ni la vigencia de su cargo.

RESOLUCIÓN JUS/112/2019, de 23 de enero (DOGC 31.01.2019)

RESUMEN.- En una compraventa de un elemento privativo de una propiedad horizontal se aporta un certificado relativo al estado de deudas con la comunidad expedido por un administrador de fincas. El registrador de la propiedad no lo considera válido por no estar firmado por el secretario con el visto bueno del presidente, con las firmas legitimadas, a lo que habría que añadir la correspondiente acreditación del nombramiento y vigencia de dichos cargos.

Tres son pues las cuestiones planteadas en este recurso, que la DGDEJ resuelve a favor de las tesis del notario recurrente:

a).- No es necesario el visto bueno del presidente en la certificación emitida por la administradora de la comunidad. Así lo deja claro el número 3 del art. 553-5 del CCCat, en relación con el número 2.

b).- No es necesario que la firma del certificado esté legitimada, ya que no lo exige ni el art. 553-5, ni el art. 65.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. Afirma la DG que cuando

el legislador considera que las firmas de un documento tienen que estar legitimadas, lo hace constar de forma expresa en cada norma.

c).- No es necesario acreditar el nombramiento ni la vigencia del cargo de secretaria. El art. 553-15.2 permite a la comunidad encargar la administración «a un profesional externo que cumpla las condiciones profesionales legalmente exigibles». La DG entiende que ello requiere que sea un administrador de fincas debidamente colegiado en el correspondiente colegio profesional, en calidad de ejerciente y que no esté sancionado deontológicamente con una suspensión temporal. Para acreditar tales circunstancias considera suficiente que en la certificación que expida se manifieste que actúa en calidad de administradora de fincas colegiada y como secretaria de la comunidad, bajo su responsabilidad.

Como conclusión, finaliza la resolución afirmando que no debe exigirse al transmitente un plus de control a la hora de entregar el correspondiente certificado de gastos, como serían los requisitos solicitados por el registrador, ya que ello es poco congruente con la posibilidad de exonerarle de la aportación de dicho certificado.

COMENTARIO.- Me parece indudable que el legislador del libro V del CCCat, ante la disyuntiva entre exigir la acreditación perfecta de que el transmitente se haya al corriente en el pago de los gastos de comunidad y una seguridad razonable que no obstaculice notablemente el tráfico jurídico, ha elegido esta segunda, como se desprende de las normas citadas. Si en cada transmisión hubiera que acreditar todo lo que pide el registrador (el nombramiento de la administración de fincas como secretaria, la vigencia del cargo, la legitimación de firma del certificado –el siguiente paso sería la acreditación del título profesional de la persona que firma–, el visto bueno del presidente, la acreditación de que el cargo del presidente está vigente, la legitimación de la firma del presidente, etc.), al final se acabaría exonerando siempre a la parte transmitente de la aportación del certificado, con lo que la norma quedaría desvirtuada.

Es preferible un certificado que ofrezca una apariencia razonable, acompañada de la responsabilidad de la persona que certifica en cuanto al contenido y de la persona que aporta el certificado en cuanto a que lo ha obtenido de la administración de fincas con la que ha tenido relación como propietario o de quienes ostentan los cargos de presidente y secretario (en definitiva, el transmitente es responsable de no haber falsificado el certificado en cuanto a la persona que lo emite). Como digo, la solución legal me parece una exigencia adecuada que en la práctica se revela como suficiente.

CENSOS

La falta de inscripción de la división de un censo con motivo de la segregación de una parte de la finca gravada produce su extinción *ope legis*, aunque después se haya redimido la parte del censo que afectaba a la finca segregada.

RESOLUCIÓN JUS/268/2019, de 6 de febrero (DOGC 18.02.2019)

RESUMEN.- Se solicita mediante instancia presentada en el Registro de la Propiedad la cancelación registral de un censo debido a que: a) la acreditación de la vigencia del censo se hizo constar fuera de plazo; b) el censo no se ha dividido entre las varias fincas resultan-

tes de una segregación practicada en 1978, en base al apartado 2º de la DT 13ª de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del CCCat.

La registradora de la propiedad deniega la cancelación en base a que: a) aunque la acreditación de la vigencia se hiciera fuera de plazo, los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la LH; b) el censo recae sobre una sola finca, ya que fue redimido en la parte que gravaba la finca segregada.

La DGDEJ estima el recurso y declara procedente la práctica de la cancelación del censo solicitada. En relación con la alegación de que la constancia de la acreditación de la vigencia del censo fue hecha fuera de plazo, confirma el criterio de la registradora de que el recurso gubernativo nunca es procedente contra una inscripción.

La cuestión principal queda reducida pues a si es relevante, a efectos de la extinción del censo, la posterior redención de la parte segregada. La DG considera que dicha circunstancia no es relevante, pues la escritura de división del censo debía haberse otorgado antes del 18 de abril de 1993 (esto es, 3 años después de la entrada en vigor de la Ley 6/1990, cuya DT 1ª estableció la extinción *ope legis* de los censos no divididos) y debía haberse inscrito antes del 1 de julio de 2007 (o sea, 1 año después de la entrada en vigor de la Ley 5/2006, cuya DT 13ª complementó la anterior), hechos que evidentemente no se produjeron. Y añade: «Es indiferente que después de aquella fecha, sea por inactividad, desconocimiento o buena fe de los censatarios, propietarios de los inmuebles, y de los censuistas, titulares del censo, se hayan otorgado escrituras de redención y se hayan pagado los precios convenidos. Lo único relevante es que el censo quedó extinguido por ministerio de la ley el 18 de abril de 1993, antes de la redención de la parte que afectaba a la finca número 2617 [finca segregada], según ha quedado constatado al no haberse aportado la escritura al Registro antes del día 1 de julio de 2007 y, por lo tanto, ha quedado extinguido *ope legis* sobre la finca restante en que subsistía inscrito» (FD 3.5).

COMENTARIO.- La presente resolución confirma la R. de 4 de marzo de 2015 (aunque se trata de un supuesto de hecho algo diferente) y complementa la ya abundante doctrina de la DGDEJ en relación con la cancelación registral de los censos no divididos, que puede resumirse de la forma siguiente:

1) La acreditación de la vigencia del censo conforme a la DT 3ª de la Ley 6/1990, no es obstáculo para solicitar la cancelación, como resulta de esta resolución y de las RR. de 1 de diciembre de 2008 y 26 de abril de 2017.

2) No se puede solicitar su cancelación si recae sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal por no haberse dividido entre los elementos privativos (R. de 24 de noviembre de 2006).

3) La división de la pensión sobre cada finca no equivale a la división del censo (R. de 12 de junio de 2014).

4) No se pueden practicar asientos si el censo no se ha dividido, ya que está extinguido (R. de 14 de mayo de 2015).

5) La posterior redención de una de las partes del censo dividido, aunque a raíz de la misma el censo recaiga sobre una sola finca, no

evita que éste quedara extinguido el 18 de abril de 1993 (RR. de 4 de marzo de 2015 y 6 de febrero de 2019).

EXTINCIÓN DE PAREJA ESTABLE Y DEL CONDOMINIO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

Pese a la aprobación judicial del plan de parentalidad, se exige que la disolución de la comunidad entre los progenitores sobre la vivienda habitual sea también aprobada judicialmente.

RESOLUCIÓN JUS/1019/2019, de 10 de abril (DOGC 25.04.2019)

RESUMEN.- Se otorgó en 2013 una escritura de cese de convivencia y extinción de pareja estable a la que se acompañaron dos convenios reguladores: uno, conteniendo el plan de parentalidad en relación con la hija común menor de edad, conviniendo su guarda conjunta; y otro, disolviendo la comunidad recayente sobre el domicilio familiar, que se adjudicó a uno de los miembros de la pareja a cambio del pago al otro copropietario de una cantidad de dinero.

La escritura dio lugar a la RDGDEJ de 26 de noviembre de 2015 (JUS/2941/2015, de 26 de noviembre, DOGC 28 de diciembre de 2015), que dispuso, para la inscripción de la disolución de comunidad en el Registro de la Propiedad, la necesidad de aprobación judicial de la atribución realizada de la propiedad de la mitad indivisa del domicilio familiar. Se basó en la protección del interés de la menor, dado que, habiéndose convenido la guarda conjunta de ésta, no se atribuía el uso de la vivienda familiar a los dos progenitores (al no pactar nada al respecto debe entenderse que su uso correspondía exclusivamente al propietario, en este caso, la madre).

En 2017 se dicta una sentencia que regula cuestiones relacionadas con la guarda, custodia y alimentos de la menor, pero que no contiene ningún pronunciamiento sobre el convenio relativo a la atribución de la vivienda familiar. Presentada de nuevo en el Registro de la Propiedad la escritura de 2013, acompañada de la sentencia, el registrador suspende la inscripción por no acreditarse la aprobación judicial del citado convenio.

La DGDEJ desestima el recurso presentado contra la calificación registral, remitiéndose a los argumentos apuntados en la R de 26 de noviembre de 2015, a partir de la equiparación entre la familia matrimonial y la no matrimonial, que conduce a exigir la aprobación judicial de los pactos relativos a la vivienda familiar, mientras que la sentencia presentada no hace ninguna referencia a la división de cosa común.

COMENTARIO.- Aprobado judicialmente el plan de parentalidad, no veo la necesidad de que cualquier pacto relativo a la vivienda familiar tenga que ser también aprobado por el juez. En particular, la titularidad de la propiedad de la vivienda es una cuestión que puede calificarse como irrelevante a estos efectos; lo que es relevante es la atribución o no del uso de la vivienda familiar pero, aun así, no hay ninguna norma que obligue a atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos y, menos aún, que obligue a atribuirlo a ambos progenitores en caso de acordarse la guarda conjunta. De hecho, los pactos de atribución del uso de la vivienda familiar son meramente facultativos (art. 233-20.1) y lo único que, a este respecto, tiene que concretar el plan de parentalidad es el lugar o lugares donde los hijos vivirán habitualmente (art. 233-



9.1), con independencia del uso y, más aun, de la titularidad de la propiedad de la vivienda familiar. Si el juez considera adecuado para la menor el plan de parentalidad acordado por los progenitores, es indiferente quien tenga la propiedad o, incluso, el uso de la vivienda familiar. Si la ley no requiere, para proteger el interés de los hijos menores, que se atribuya el uso al progenitor que tenga su guardia, mucho menos podemos suponer que pueden quedar desprotegidos si la titularidad del dominio no se corresponde con aquella.

INSPECCIÓN TÉCNICA DEL EDIFICIO

No es necesario entregar el informe de la ITE, ni aportar el certificado de aptitud, ni la exoneración de ambos, en la venta de la cuota de uno de los copropietarios a otro comunero.

RESOLUCIÓN JUS/1141/2019, de 29 de abril (DOGC 08.05.2019)

RESUMEN.- Se otorga escritura de compraventa de una tercera parte de una vivienda a favor de otros copropietarios de la misma y el registrador de la propiedad suspende la inscripción en la consideración de que deben cumplirse los requisitos establecidos por el Decreto 67/2015, de 5 de mayo, en relación con la inspección técnica del edificio.

El notario autorizante recurre la calificación registral sobre la base de que los compradores no adquirieron la propiedad de la cuota vendida en el momento de la venta, sino que ya lo eran antes de aumentar su participación en la comunidad. Por otra parte, alega que, siendo obligación de los propietarios de viviendas disponer de la documentación exigida por la Administración, tan obligado lo está el comprador como el vendedor, por lo que aquel no puede exigir a este dicho cumplimiento que a él le corresponde. Adicionalmente, plantea la competencia de la DGDEJ pues entiende que el objeto de la discusión es si nos encontramos ante un acto de transmisión de la propiedad o no.

El registrador argumenta que se trata de un acto de transmisión de la propiedad, pues es calificado como compraventa en la escritura y la compraventa es el principal contrato de transmisión de la propiedad, criterio que considera confirmado por la sistemática del CCCat. En su opinión, la tesis del notario sería correcta si nos halláramos ante un supuesto de disolución de comunidad, pero no es el caso ya que la vivienda sigue en situación de copropiedad y sólo disminuye el número de comuneros; el acto realizado es, por lo tanto, una compraventa de cuota ya que, conforme a la RDGRN de 11 de noviembre de 2011, la llamada disolución parcial no es una auténtica disolución de comunidad. Por lo tanto, deben aplicarse los requisitos propios de la compraventa. Tampoco entiende que deba equiparse el presente supuesto al de la innecesidad de acreditar los gastos de comunidad en casos similares, ya que el adquirente ya es conecedor de la deuda que asume.

La DGDEJ estima el recurso y declara inscribible la escritura de compraventa. En primer lugar, asume su competencia dado que el recurso se fundamenta en dos normas de derecho catalán, en concreto, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, y el Decreto 67/2015, de 5 de mayo, en las que se regula la inspección técnica de los edificios. Además, está clara la vigencia de los Libros

quinto y sexto del CCCat en el momento de otorgarse la escritura de compraventa.

Sobre la cuestión de si la venta de una porción indivisa a los demás copropietarios se equipara o no a una extinción parcial de condominio, la DG entiende que en los negocios en que se produce una reducción de copartícipes o un acrecimiento de cuotas, manteniéndose la cotitularidad de varias personas sobre una cosa, se puede hablar, aunque sea de manera impropia, de una disolución parcial de comunidad, en virtud del principio de libertad civil, que tiene su reflejo, en materia de comunidad, en el art. 551-2.1 que declara el carácter dispositivo de las normas del CCCat. La DG distingue dos grupos diferentes de negocios: «los de disposición de una cuota a favor de otro copartícipe o de una tercera persona, que comporta la transmisión de la cuota del cedente y puede significar una reducción, un incremento o el mantenimiento del número de copartícipes; y el de disposición de una cuota a favor de todos los demás copartícipes en proporción idéntica a la que los adjudicatarios tenían en la comunidad, que comporta el acrecimiento de la cuota de los copartícipes adjudicatarios y siempre, necesariamente, la reducción del número de copartícipes» (FD 2.2). Sería en relación con los negocios del segundo grupo que se podría hablar, aunque sea de manera impropia, de una disolución parcial de condominio.

En cuanto a la obligación de entregar el informe de la inspección técnica del edificio y de aportar el certificado de aptitud, la DG acoge la tesis del notario recurrente de que la obligación de disponer de la documentación citada «correspondía en conjunto a los copropietarios de la vivienda en comunidad ordinaria antes de la compraventa, como les continúa correspondiendo después, sin que la salida de la comunidad de uno de los copropietarios altere la situación» (FD 3.3). Diferente sería el caso en que la adquisición de la cuota se hiciera por parte de una persona hasta entonces ajena a la comunidad, en que sí sería necesaria la aportación de la documentación citada o su exoneración con arreglo a la ley.

COMENTARIO.- La cuestión de si la cesión de una cuota de una comunidad ordinaria se debe considerar como compraventa (si es a título oneroso) o como disolución parcial ya fue abordada por la RDGDEJ de 21 de junio de 2016 (DOGC 02.08.2016) y comentada ampliamente en otro número de "LaNotaria" (nº 2-3/2016, p. 162 y 163), al que me remito. En aquella ocasión la escritura hablaba de disolución parcial y la DG consideró que lo propio era calificar el acto como cesión onerosa de cuota; en el caso presente, la escritura habla de compraventa, pero la DG prefiere calificarlo, aunque sea impropriamente, como disolución parcial. Reconozco que no acabo de entender la argumentación transcrita, que parece establecer como elemento distintivo el hecho de si la cesión se hace a favor de todos los restantes comuneros o de alguno o algunos de ellos. No veo tampoco que en el segundo grupo de supuestos se produzca «siempre y necesariamente» la reducción del número de copartícipes, pues el cedente no tiene por qué transmitir la totalidad de su cuota. Ni siquiera entiendo la remisión que hace la DG al principio de libertad civil, pues la verdadera naturaleza de los negocios jurídicos realizados no depende de la voluntad ni de la libertad de los sujetos que los realizan: siempre ha de prevalecer sobre el *nomen iuris* dado por los sujetos.

Personalmente, me parece que habría que diferenciar entre la naturaleza jurídica del acto jurídico realizado y sus efectos. No se

deben confundir. Es como si cuando compran una cosa dos o más personas, en lugar de calificar el acto como compraventa lo calificásemos como constitución de comunidad ordinaria; o, en caso, de venta por dos o más personas, como disolución de comunidad. Quizás la cuestión fiscal ha “contaminado” el punto de vista civil. Como es sabido, cuando una cesión onerosa de cuota comporta la disolución de la comunidad, interesa calificar el acto como “disolución de comunidad” en lugar de “compraventa”, por su trato fiscal más favorable; cuando en realidad se trata de una compraventa que produce la disolución de la comunidad (¿qué ocurriría fiscalmente si se calificara el negocio jurídico simplemente como compraventa?). En el ámbito civil, el que se produzca o no la disolución de la comunidad por asunción de todas las cuotas por uno de los copropietarios, no es cuestión que afecte a la calificación del negocio jurídico sino a sus efectos.

En el caso que nos ocupa, la compraventa no produce la disolución de la comunidad sino simplemente una reducción del número de comuneros y un incremento de las cuotas de algunos o de todos ellos. El que deba considerarse si se produce o no la disolución parcial no me parece relevante; en todo caso, prefiero pensar que la disolución se produce o no se produce, sin que quepa la existencia de un estado intermedio, como la disolución parcial.

Por consiguiente, no considero relevante la calificación de la naturaleza jurídica del acto a los efectos de la exigencia o no de la ITE, pues en todo caso estamos ante una compraventa. Lo decisivo a efectos de este recurso es que la persona del comprador ya es propietario de la finca vendida, por lo que debe plantearse si esta circunstancia conlleva la innecesidad de dar cumplimiento a la normativa en relación con la ITE. La DG considera que es innecesario puesto que el comprador ya tiene la obligación de haber cumplido dicha normativa antes de la compraventa. No comparto este criterio ya que, en el caso de edificios en régimen de propiedad horizontal, como es en este caso, la obligación de realizar la inspección técnica no es de los propietarios, sino de la comunidad (art. 5.1 Decreto 67/2015). Por otra parte, el principal objetivo del Decreto según su preámbulo es fomentar la cultura del mantenimiento de los edificios de viviendas, en el ámbito de la función social de la propiedad, y uno de los medios para conseguirlo o para controlar su cumplimiento es obligando al propietario a aportar el certificado de aptitud con ocasión de una transmisión. Parece que se cumplen los requisitos legales y que la finalidad de la norma es congruente con la exigibilidad de la obligación, por lo que difícilmente puede excusarse su cumplimiento. Sin embargo, podría aplicarse el criterio de la propia DG en relación con la cédula de habitabilidad (vid. RDGDEJ de 16 de junio de 2010, DOGC 16.06.2010) y no exigirse en caso de transmisión de una cuota de la vivienda a un copropietario, pero debería basarse en otros argumentos.

USUFRUCTO Y USO

El usufructuario no puede renunciar parcialmente al derecho de usufructo a fin de convertirlo en un derecho de uso, sino que debe extinguirse el primero y constituirse el segundo.

RESOLUCIÓN JUS/1840/2019, de 25 de junio (DOGC 11.07.2019)

RESUMEN.- El titular de un derecho de usufructo gravado con una anotación preventiva de embargo, en nombre propio y repre-

sentando a la propietaria, renuncia parcialmente a dicho usufructo para convertirlo en un derecho de uso. La registradora de la propiedad suspende la inscripción y alega que la conversión pretendida requiere de la cancelación del usufructo y de la constitución de un nuevo derecho de uso; en su nota afirma que el hecho de que esté gravado impide su cancelación, pero en el informe se limita a expresar que no puede afectar a los derechos de terceros. El notario autorizante recurre la calificación argumentando que, así como que el propietario puede despojarse de facultades cuando se constituye el derecho de usufructo, también el usufructuario se puede despojar de alguna y dar lugar al derecho de uso.

La DGDEJ confirma la nota de calificación por entender que la simple renuncia de alguna facultad del usufructuario no puede comportar la conversión del derecho de usufructo en un derecho de uso, ya que «el contenido esencial de cada uno de estos dos derechos incorpora una causa o fundamento jurídico diferente, y por este motivo el ordenamiento jurídico los tipifica como derechos reales diferentes» (FD 2.5). Así, mientras el derecho de usufructo tiene un fundamento de disfrute de la utilidad económica de un bien ajeno, el derecho de uso se fundamenta en las necesidades personales del usuario y de las personas con las que conviva.

Argumenta la DG que en el presente supuesto de hecho, «la facultad de disfrutar de los frutos civiles a que se ha renunciado es una facultad que forma parte del contenido esencial del derecho de usufructo, porque es una posibilidad de actuación necesaria para que el derecho de usufructo sea reconocible como tal. Sin la facultad de percibir los frutos civiles de la cosa usufructuada, el derecho de usufructo quedaría desnaturalizado y el ejercicio del derecho de usufructo quedaría impracticable» (FD 2.6). Además, «por mucho que el usufructuario renuncie a determinadas facultades, el derecho residual no se podría tipificar como derecho de uso porque el contenido esencial del derecho de uso incorpora el contenido del derecho que se ha constituido para atender sus necesidades y las de quienes convivan con el usuario, y esta sola circunstancia exige un nuevo consentimiento contractual que no se puede originar por vía de renuncia (FD 2.6, in fine). Por lo tanto, la renuncia al derecho de usufructo no puede ser parcial sino que, para conseguir la finalidad pretendida, debe extinguirse aquel y constituirse un derecho de uso, lo cual no puede perjudicar los derechos del titular embargante anterior.

Por otra parte, la DG admite, en base a los arts. 561-16.3 y 562-6 CCCat, que el usufructuario pueda constituir un derecho real de uso sobre el usufructo, «siempre que la duración temporal del derecho de uso constituido esté limitada por la duración del derecho de usufructo, que es el derecho sobre el que recae. Ahora bien, ambos derechos, usufructo y uso, comportan la misma posesión sobre la finca, se ejercen directamente sobre el objeto mismo del derecho y, por lo tanto, son excluyentes conceptualmente sobre la misma finca» (FD 3.4). También admite la resolución que la ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, permitía en su art. 33 la constitución de los derechos de uso y habitación por vía de reserva o por reducción del derecho de usufructo; pero añade que dicha ley fue derogada por la entrada en vigor del libro V del CCCat.

COMENTARIO.- La conversión de un derecho en otro mediante la cesión de parte de las facultades que integran el primero no me parece técnicamente admisible conforme a la teoría general del de-



recho subjetivo. El derecho de usufructo no puede convertirse en un derecho distinto, en este caso un derecho de uso, mediante la renuncia parcial o la cesión de determinadas facultades del usufructuario. El usufructuario puede ceder parte de sus facultades, incluso puede constituir a favor de un tercero un derecho de uso, pero en ambos casos continuará siendo usufructuario. Por lo tanto, si cede o renuncia a la facultad de disfrutar económicamente de la cosa usufructuada (que al parecer es lo que pretende mediante la renuncia parcial realizada), sigue siendo usufructuario. La facultad de uso que forma parte del contenido del derecho de usufructo no es lo mismo que el derecho de uso, son instituciones jurídicas distintas y tienen un régimen legal diferente. Por ejemplo, el derecho de usufructo es transmisible, mientras que el derecho de uso, en principio, no lo es (art. 562-4.1); aunque el usufructuario renuncie a parte de sus facultades, el resto no pasa a ser intransmisible. Por consiguiente, si el usufructuario renuncia, con el consentimiento del propietario, a la facultad de disfrutar económicamente de la cosa usufructuada o a la facultad de ceder su uso a otra persona (repito que en la escritura no queda claro a qué renuncia concretamente), tendrá un derecho de usufructo limitado al uso de la misma, pero no un derecho de uso tal y como está legalmente configurado.

COMENTARIO.- La cuestión de si la cesión de una cuota de una comunidad ordinaria se debe considerar como compraventa (si es a título oneroso) o como disolución parcial ya fue abordada por la RDGDEJ de 21 de junio de 2016 (DOGC 02.08.2016) y comentada ampliamente en otro número de "LaNotaria" (nº 2-3/2016, p. 162 y 163), al que me remito. En aquella ocasión la escritura hablaba de disolución parcial y la DG consideró que lo propio era calificar el acto como cesión onerosa de cuota; en el caso presente, la escritura habla de compraventa, pero la DG prefiere calificarlo, aunque sea impropia, como disolución parcial. Reconozco que no acabo de entender la argumentación transcrita, que parece establecer como elemento distintivo el hecho de si la cesión se hace a favor de todos los restantes comuneros o de alguno o algunos de ellos. No veo tampoco que en el segundo grupo de supuestos se produzca «siempre y necesariamente» la reducción del número de copartícipes, pues el cedente no tiene por qué transmitir la totalidad de su cuota. Ni siquiera entiendo la remisión que hace la DG al principio de libertad civil, pues la verdadera naturaleza de los negocios jurídicos realizados no depende de la voluntad ni de la libertad de los sujetos que los realizan: siempre ha de prevalecer sobre el nomen iuris dado por los sujetos.

Personalmente, me parece que habría que diferenciar entre la naturaleza jurídica del acto jurídico realizado y sus efectos. No se deben confundir. Es como si cuando compran una cosa dos o más

personas, en lugar de calificar el acto como compraventa lo calificásemos como constitución de comunidad ordinaria; o, en caso, de venta por dos o más personas, como disolución de comunidad. Quizás la cuestión fiscal ha "contaminado" el punto de vista civil. Como es sabido, cuando una cesión onerosa de cuota comporta la disolución de la comunidad, interesa calificar el acto como "disolución de comunidad" en lugar de "compraventa", por su trato fiscal más favorable; cuando en realidad se trata de una compraventa que produce la disolución de la comunidad (¿qué ocurriría fiscalmente si se calificara el negocio jurídico simplemente como compraventa?). En el ámbito civil, el que se produzca o no la disolución de la comunidad por asunción de todas las cuotas por uno de los copropietarios, no es cuestión que afecte a la calificación del negocio jurídico sino a sus efectos.

En el caso que nos ocupa, la compraventa no produce la disolución de la comunidad sino simplemente una reducción del número de comuneros y un incremento de las cuotas de algunos o de todos ellos. El que deba considerarse si se produce o no la disolución parcial no me parece relevante; en todo caso, prefiero pensar que la disolución se produce o no se produce, sin que quepa la existencia de un estado intermedio, como la disolución parcial.

Por consiguiente, no considero relevante la calificación de la naturaleza jurídica del acto a los efectos de la exigencia o no de la ITE, pues en todo caso estamos ante una compraventa. Lo decisivo a efectos de este recurso es que la persona del comprador ya es propietario de la finca vendida, por lo que debe plantearse si esta circunstancia conlleva la innecesidad de dar cumplimiento a la normativa en relación con la ITE. La DG considera que es innecesario puesto que el comprador ya tiene la obligación de haber cumplido dicha normativa antes de la compraventa. No comparto este criterio ya que, en el caso de edificios en régimen de propiedad horizontal, como es en este caso, la obligación de realizar la inspección técnica no es de los propietarios, sino de la comunidad (art. 5.1 Decreto 67/2015). Por otra parte, el principal objetivo del Decreto según su preámbulo es fomentar la cultura del mantenimiento de los edificios de viviendas, en el ámbito de la función social de la propiedad, y uno de los medios para conseguirlo o para controlar su cumplimiento es obligando al propietario a aportar el certificado de aptitud con ocasión de una transmisión. Parece que se cumplen los requisitos legales y que la finalidad de la norma es congruente con la exigibilidad de la obligación, por lo que difícilmente puede excusarse su cumplimiento. Sin embargo, podría aplicarse el criterio de la propia DG en relación con la cédula de habitabilidad (vid. RDGDEJ de 16 de junio de 2010, DOGC 16.06.2010) y no exigirse en caso de transmisión de una cuota de la vivienda a un copropietario, pero debería basarse en otros argumentos.

Recensión bibliográfica

Por Xavier O'Callaghan Muñoz
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

Se han vertido ríos de tinta sobre los arrendamientos de vivienda. La frase "ríos de tinta" no es original; se ha empleado para referirse a más de una institución jurídica. Pero es al arrendamiento urbano donde más le cuadra. Ello es así por su dimensión jurídica, su importancia económica y su trascendencia social. No en vano, es una de las instituciones de derecho privado que se hallan recogidas en la Constitución y así es tratado en el capítulo II, apartado 3. Pese a ello, no es baldía la aparición de la presente obra. Se había estudiado tal arrendamiento desde múltiples puntos de vista, aunque ninguno con la perspectiva y la visión como ésta. Se ve el pasado (no pierdas de vista la historia para prever el futuro) y se analiza el presente y se propone el futuro. Mejor imposible.

La autora es doctora en derecho, profesora asociada de Derecho Civil de la Universidad Rovira i Virgili, de Tarragona y responsable de Borsa de mediació de lloguer social del Consell Comarcal del Tarragonés.

Los primeros capítulos estudian el pasado y el presente de los arrendamientos de vivienda y el último, el quinto, el futuro.

Comienza, en el capítulo primero, a analizar las políticas de vivienda y el mercado del alquiler, en el que incluye el papel de la Unión Europea en este ámbito. Es interesante el análisis de la evolución histórica que la centra en la promulgación de la Constitución, aún con referencias a la época franquista (con nula proyección social a los sectores con recursos escasos) y con detalle en la legislación posterior y especial consideración de las deficiencias del mercado de alquiler.

El final de este capítulo primero es especialmente interesante al tratar del régimen de tenencia y de las políticas públicas de Estados europeos, con una serie de datos bien contrastados, a veces sorprendentes.

El capítulo segundo estudia con sumo detalle el derecho a la vivienda en el campo constitucional, como derecho a la vivienda en su ámbito subjetivo y en el ámbito material (vivienda digna y

«Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo»

Autora: Elga Molina Roig

Editorial: Tirant lo Blanch

Páginas: 791; 9 figuras; 22 tablas

Prólogo: Sergio Nasarre Aznar (Catedrático de Derecho civil)

adecuada), en los Estatutos de Autonomía y en el derecho supranacional empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Trata asimismo del derecho a la vivienda en el ámbito del Consejo de Europa y en la Unión europea.

El capítulo tercero, con mucha más extensión que los anteriores se centra en el derecho positivo del arrendamiento de vivienda y es el único que se divide en tres secciones: el de la coexistencia de diferentes regímenes de arrendamiento urbano, el del concepto y requisitos del mismo y el de su naturaleza jurídica. En la primera, aparte de unas iniciales referencias al Derecho romano y al Derecho germánico, contraponen los distintos regímenes jurídicos y las sucesivas leyes que los establecen. En



la segunda estudia los requisitos del plazo, del precio y el objeto de la edificación que debe satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Tiene especial interés el detalle sobre los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de las normas especiales arrendaticias. En la tercera sección trata de la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de vivienda, lo cual es un tema que, a menudo, se toma como meramente teórico, pero no es así ya que según se califique la naturaleza jurídica, las consecuencias y aplicaciones prácticas serán unas u otras. Se plantea la dicotomía entre el derecho personal y el real, las discusiones doctrinales y la ambigüedad de la normativa española. Plantea también el análisis de las figuras afines, aunque algunas no lo son tanto: el comodato, el precario, la atribución judicial de la ocupación en los procesos derivados de crisis matrimonial y el usufructo.

El capítulo cuarto es el más extenso (más de trescientas páginas). Entra en el tema que se enuncia en el título del libro: el contexto europeo. El enunciado del capítulo ya lo indica y dice así: "El equilibrio entre los 3 derechos y obligaciones de las partes en el contrato de arrendamiento urbano en un contexto europeo". No se estudia la legislación de cada Estado, una por una (afortunadamente), sino los presupuestos básicos de los arrendamientos urbanos y en ellos se trata el modo en que es contemplado por los legislaciones europeas. Parte de los factores relevantes y de los criterios para buscar un equilibrio entre arrendador y arrendatario, que coloca en unas elocuentes figuras comprensivas de los mismos (en las páginas 324 y 326) y analiza los factores desde la perspectiva del arrendatario. El primero, asequibilidad que incluye el control de la renta, los servicios y otros gastos, la tributación y las subvenciones y el depósito inicial, la estabilidad en relación con la duración del contrato y su terminación e incluye la naturaleza jurídica del arrendamiento de vivienda y los derechos de adquisición preferente y la subrogación legal en sus distintos aspectos por razón de su motivación (desistimiento, muerte, crisis matrimonial); termina este apartado de asequibilidad estudiando los mecanismos de defensa del arrendatario y la existencia de tenencias intermedias, como el *leasehold* inglés y la propiedad temporal catalana. El segundo factor desde la perspectiva del arrendatario es la flexibilidad, relativo esencialmente a su terminación unilateral del contrato y también a la cesión y subarrendamiento. Los factores desde la perspectiva del arrendador se concretan en el rendimiento del arrendatario (rentabilidad), la capacidad de rehabilitación, las garantías en caso de incumplimiento o mal uso (depósito, retención, seguros, inventario); plantea el tema de la entrada del arrendador en la vivienda arrendada y termina el capítulo estudiando la resolución de controversias entre arrendador y arrendatario (proceso judicial, mediación o conciliación y arbitraje); y al final añade el novedoso tema del registro sobre malas prácticas arrendaticias.

El futuro del arrendamiento de vivienda, desde el punto de vista de la autora, es el objeto del capítulo quinto y último: "Propuesta de

UNA NUEVA REGULACIÓN PARA LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA EN UN CONTEXTO EUROPEO

Elga Molina Roig



regulación sobre un nuevo modelo de arrendamiento de vivienda". Considera el alquiler como alternativa real al dominio, plantea el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, entiende que debe darse primacía a la transitoriedad progresiva ante la ruptura con un modelo anterior y garantizar el derecho a la vivienda del arrendatario frente al derecho de propiedad del arrendador, teniendo en cuenta que a más facultades de uso del arrendatario, más corresponsabilidad con la vivienda.

El libro termina con once páginas de conclusiones; la relación muy completa de bibliografía; una lista, también muy completa, de la legislación europea española y extranjera y, finalmente, la enorme y abrumadora lista de resoluciones judiciales europeas, españolas y extranjeras.

En definitiva, una obra completísima, muy sugestiva, con opiniones propias de la autora, crítica con lo que debe ser criticado y propuestas de futuro.

Nace el Centro de Mediación y Conciliación Notarial

El Colegio Notarial de Cataluña, consciente de la necesidad de promover otras vías de resolución de conflictos distintas a la judicialización, ha puesto en marcha el Centro de Mediación y Conciliación Notarial (CEMECON). El Centro pretende dar un impulso y potenciar ambos métodos, siendo una “apuesta decidida por la desjudicialización de determinados procesos, en la que los notarios podemos y queremos aportar nuestro conocimiento, formación y valores intrínsecos a la función notarial, con el objetivo de contribuir a tener una justicia más ágil y eficaz, a la vez que ofrecer más opciones a los ciudadanos, garantizando siempre la máxima seguridad jurídica”, según afirmó Joan Carles Ollé, decano del Colegio Notarial de Cataluña.

El Centro centrará su actividad en la mediación y conciliación en el ámbito civil y familiar y mercantil, y atenderá tanto a particulares como a empresas y organizaciones. En el ámbito civil se incluyen conflictos entre coherederos y/o copropietarios, contratos hipotecarios, contratos bancarios, contratos de seguros, contratos de compraventa de viviendas, contratos de arrendamientos o conflictos en comunidades de vecinos, entre otros. Dentro del civil, en cuanto al ámbito familiar, el Centro se hará cargo de temas como conflictos familiares por



El decano del Colegio, junto al vicedecano y Anna Llanza, coordinadora del Centro de Mediación y Conciliación Notarial, lo presentaron a periodistas de diversos medios de información



Cabe destacar que, de los casi 6 millones de casos judicializados en el año 2017 en España, según el Consejo General del Poder Judicial, un 25% corresponden a temas civiles y de familia. Por último, en el ámbito mercantil se incluyen conflictos entre socios, empresas, empresas y clientes, empresas y proveedores, conflictos empresariales derivados de la construcción civil o conflictos de propiedad intelectual.

herencias, conflictos matrimoniales o en parejas de hecho, conflictos en la empresa familiar, de patria potestad y tutela o conflictos intergeneracionales de convivencia.

Cabe destacar que, de los casi 6 millones de casos judicializados en el año 2017 en España, según el Consejo General del Poder Judicial, un 25% corresponden a temas civiles y de familia. Por último, en el ámbito mercantil se incluyen conflictos entre socios, empresas, empresas y clientes, empresas y proveedores, conflictos empresariales derivados de la construcción civil o conflictos de propiedad intelectual.

En el caso de la Mediación, el Centro se encargará de la selección y designación de los mediadores así como de la gestión del procedimiento de mediación y de la formación de los mediadores. El Centro ya cuenta con 15 mediadores que, además de tener la titulación y la formación que exige la normativa de mediación en asuntos civiles y mercantiles, están acreditados por el Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), centro de excelencia y referente europeo, hecho que les permitirá profundizar en las técnicas específicas necesarias. En cuanto a la Conciliación notarial, competencia enmarcada en la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, la pueden ejercer todos los notarios.

Conferencia práctica sobre los Reglamentos europeos de régimen matrimonial y uniones registradas

Andrés Rodríguez Benot, catedrático de Derecho Internacional privado en la Universidad Pablo de Olavide, planteó una sesión muy práctica, de preguntas y respuestas sobre los nuevos reglamentos europeos de régimen matrimonial y uniones registradas

El pasado 13 de marzo, en el marco de las sesiones mensuales organizadas por la Comisión de Cultura, tuvo lugar una sesión práctica, impartida por Andrés Rodríguez Benot, catedrático de Derecho Internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla), en la que desarrolló y dio respuesta a quince cuestiones sobre el Reglamento europeo de Regímenes económico-matrimoniales (REM) y el Reglamento europeo de uniones registradas (RUE) (*Ver sección Internacional*).

Entre las preguntas planteadas acerca de los Reglamentos de la Unión Europea 2016/1103 y 2016/1104, el ponente dio respuesta a temas como si el notario es siempre órgano jurisdiccional; en qué casos se considera que estamos ante una pareja internacional; la determinación de la ley aplicable en defecto de elección expresa; qué se entiende por residencia habitual; o en qué medida subsiste la norma de conflicto interna (por ejemplo, en el art. 9.2 y 3 del Código civil español) y, en su caso, si esta solución sería extrapolable al artículo 9.8 CCE por mor del RUE de Sucesiones. También expuso numerosos supuestos prácticos como el REM de dos catalanes que se casan y fijan su residencia en Singapur, o si en el caso de un matrimonio ruso, en régimen legal uso de comunidad y residencia en Moscú,





Vida corporativa

que quiere comprar un inmueble en España como privativo (2/3 ella; 1/3 él), los cónyuges pueden, o no, ante un notario español, pactar que su matrimonio se rija por el derecho español para, inmediatamente después, pactar en capítulos el régimen de separación de bienes del CCE, por poner algunos ejemplos.

En cuanto al Reglamento sobre parejas de hecho, entre las cuestiones prácticas se comentó, también, si el notario es órgano jurisdiccional por este RUE; el considerando 16; qué valor “internacional” debe darse a la pareja de hecho por convivencia probada o por generación de descendencia – como es el caso de Cataluña- teniendo en cuenta que el RUE (y el TCE) no contempla la pareja de hecho sin consentimiento; o supuestos como, por ejemplo, si un notario ejerciente en Cataluña podría autorizar “algún tipo de unión” con una persona procedente de Grecia (UE) o Rusia (extra UE), donde no se reconoce la unión homosexual.

Se trató de una sesión eminentemente práctica que permitió profundizar en este ámbito muy directamente vinculado al derecho de familia y del que se prevé un uso creciente en los próximos años.

Jornada “Conexiones entre los derechos de familia y de sucesiones de Cataluña”

El pasado 15 de marzo tuvo lugar en el Colegio la Jornada “Conexiones entre los derechos de familia y de sucesiones de Cataluña”, organizada conjuntamente con la Asociación Catalana de Especialistas en Derecho de Sucesiones (ACEDS) y la Sociedad Catalana de Abogados de Familia (SCAF). Dedicada a reflexionar y hacer propuestas por una sociedad globalizada, la Jornada fue inaugurada por Xavier Bernadí, director general de Derecho y Entidades Jurídicas del Departament de Justicia, acompañado del decano del Colegio, Joan Carles Ollé, el presidente de ACEDS, Ramón Pratdesaba, y la presidenta de SCAF, Mercè Mira.

El decano puso de manifiesto, en su intervención, “los profundos y continuos cambios sociales y familiares acontecidos en los últimos años, que precisan que la legislación se adapte”, y en los que “los juristas prácticos tenemos un papel clave”. Por otra parte, Xavier Bernadí hizo un repaso a la labor que está llevando a cabo la Comisión de Codificación de Cataluña, dirigida por el decano del Colegio, y destacó “la configuración del Pleno, por primera vez paritario; la activación de la sección de persona y familia; o la labor de completar el libro VI, revisar en profundidad el libro II y el proyecto de modificación del libro IV”. Finalmente, manifestó la seguridad de que la Jornada supondría “una oportunidad para mejorar el conocimiento, el desarrollo y la práctica de nuestro derecho”.

La Jornada repasó la sucesión en parejas de hecho, las herramientas de planificación y aspectos prácticos del Derecho Internacional





En el transcurso de la Jornada se celebraron tres mesas redondas. La primera se dedicó a “Uniones estables/parejas de hecho: reconocimiento y problemática sucesoria”, en que Josep Ma Bachs, magistrado presidente de la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona expuso los conflictos habituales que llegan a los tribunales; Antoni Bosch, notario de Barcelona, habló de qué se entiende por pareja estable con garantía jurídica; y Jaume Tarabal, profesor de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, se centró en el alcance de los derechos sucesorios. La siguiente mesa se dedicó a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y las herramientas de planificación, y participaron Cristina González Beilfuss, catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona, para hablar de los instrumentos más frecuentes; Ramón Pratdesaba, abogado, quien expuso el trust como herramienta de futuro; y Jesús Fuentes, notario de Barcelona, quien habló de capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura de acuerdo a los nuevos Reglamentos europeos. Finalmente, la última mesa se centró en aspectos prácticos del derecho internacional, en la que se trató la eficacia de los divorcios internacionales y qué pasa con los divorcios notariales y su inscripción en otros países, a cargo de Raquel Iglesias, notaria de La Llagosta; los derechos del cónyuge y el certificado europeo de sucesiones, con Yolanda Lobao, abogada; los reglamentos europeos de Régimen económico-matrimoniales y uniones estables en referencia a derechos sucesorios, a cargo de Josep Ma Fontanellas, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Lleida; y la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo en los Reglamentos europeos y la problemática de los Estados plurilegislativos, con Esperanza Ginebra, profesora de Derecho civil de la Universidad de Barcelona.

La conferencia de clausura contó con Encarna Roca (Premio Puig Salellas 2012), y vicepresidenta del Tribunal Constitucional, quien profundizó en hacia dónde van los derechos de familia y de sucesiones en Cataluña y sus conexiones y fricciones.

Jornada mercantil centrada en la Junta General: novedades legislativas y jurisprudenciales

Las jornadas, celebradas durante dos días, analizaron ampliamente todas las novedades acerca de la Junta General



El 8 y 10 de abril tuvieron lugar las Jornadas de Derecho mercantil dedicadas a presentar las novedades legislativas y jurisprudenciales en el ámbito de la Junta General. En la primera jornada, Ana Fernández-Tresguerres, notaria de Madrid y académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España presentó las últimas reformas españolas y europeas del Derecho societario, haciendo una panorámica sobre la Ley 11/2018 y la digitalización del derecho societario; Daniel Vázquez Albert, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona, expuso el derecho al dividendo y separación de socios: el nuevo artículo 348 bis; Ángel Serrano, notario de Barcelona, presentó los derechos de los socios en la Junta



Vida corporativa

El 8 y 10 de abril tuvieron lugar las Jornadas de Derecho mercantil dedicadas a presentar las novedades legislativas y jurisprudenciales en el ámbito de la Junta General.

General; Marta Cervera, magistrada en la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, expuso el derecho de información: déficit de información e impugnación de acuerdos; y José Ma. Rojí, abogado y socio de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, presentó el tema del derecho de voto y conflicto de intereses: régimen general y supuestos problemáticos.

La segunda Jornada se dedicó, en primer lugar, al funcionamiento orgánico de la Junta General, en que José Manuel Calavia, abogado y catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona presentó la problemática y casuística de la convocatoria de la Junta General; Leticia Ballester, notaria de Torredembarra, expuso la celebración de la Junta General, con especial referencia al aumento de capital; Lluís Esquerra, abogado y vicepresidente de la Sección de Derecho Mercantil del Colegio de Abogados de Barcelona, expuso el funcionamiento del Consejo de Administración: aspectos prácticos recurrentes; y Raimundo Segura, abogado y socio de Cuatrecasas, comentó la retribución de administradores con funciones ejecutivas.

Jornada sobre la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ante los operadores

Tras la conferencia pronunciada por Antonio Longo, notario de Barcelona, tuvo lugar una mesa redonda con la participación de notarios, representantes de entidades financieras, abogado, catedráticos y magistrados, moderada por el periodista Agustí Sala, jefe de economía de El Periódico

El pasado 26 de junio tuvo lugar la Jornada sobre la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ante los operadores que reunió en el Colegio a notarios, representantes de entidades financieras, abogados, catedráticos y magistrados para analizar, aportar sus visiones y debatir entorno a la nueva ley de crédito inmobiliario que entró en vigor el pasado 17 de junio.

El acto contó con la conferencia "Análisis crítico y sistemático de la Ley", de Antonio Longo, notario de Barcelona, quien afirmó que "la ley era necesaria por dos motivos principales: por un lado, trasponer la directiva 2014/17/UE y, por otro, porque una vez detectados los problemas existentes en el ámbito de la contratación del préstamo hipotecario era urgente intentar poner fin a este cuestionamiento del préstamo."

Por ello, afirmó que el legislador "no se ha limitado a trasponer la directiva sino que ha intentado crear un marco en que se definan suficientemente los derechos y obligaciones de los contratantes y el papel a desarrollar por todos los actores que intervienen en el transcurso de la contratación, todo con el objetivo de mejorar la protección a la persona física, prestataria, fiadora o garante de los contratos que establece". En el transcurso de su intervención, habló del ámbito de aplicación de la ley - no solo aplicable a créditos hipotecarios de entidades financieras sino también a personas físicas o jurídicas que hacen esta actividad con carácter profesional u ocasionalmente -, así como su aplicabilidad también en la subrogación o la novación, y repasó las principales mejoras en la





protección del consumidor, profundizando en el control de la abusividad y en el control de transparencia.

Posteriormente, tuvo lugar una mesa redonda, moderada por Agustí Sala, jefe de Economía de El Periódico de Cataluña, en que tomaron parte Ángel Serrano, notario de Barcelona, quien fue crítico con la trasposición de la directiva europea, afirmando que se ha hecho tarde y mal; Ignacio Redondo, director ejecutivo de la Asesoría Jurídica de CaixaBank, quien expuso sus dudas acerca del ámbito de aplicación de la ley o en la hipoteca con moneda extranjera; José Ma Fernández Seijoo, magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, quien expresó, en términos generales, una opinión muy positiva de la ley, a pesar de asegurar que una ley de futuro no puede resolver problemas del pasado y que a nivel judicial sus virtudes o defectos los veremos dentro de quince años; Manel J. Silva, socio de Roca Junyent y abogado del Estado en excedencia, quien expuso la relación de la ley con el Código de Consumo de Cataluña; Frederic Adán, profesor agregado de Derecho Procesal, acreditado como Catedrático de la Universidad Rovira i Virgili, quien se centró en la supresión de las cláusulas abusivas; y Gonzalo Baretino, subdirector general y director de la Asesoría Jurídica del Banco de Sabadell, quien se mostró satisfecho con la ley, exponiendo que refuerza la protección al prestatario y la seguridad jurídica.

En la clausura del acto, Joan Carles Ollé, decano del Colegio, afirmó que “nuestra valoración de la ley es positiva y supone un importante paso al frente en la protección al consumidor y el refuerzo de la seguridad jurídica de la fase precontractual de los préstamos hipotecarios, y lo hace reforzando la función notarial al servicio del ciudadano”. Afirmó que “es clave el incremento de la transparencia, la información y las garantías para el consumidor, con la atribución legal de nuevas funciones a los notarios para poder ejercer de manera óptima el control de transparencia” y, por ello, “sin duda implica un paso adelante considerable y un indudable antes y después”. Elisabeth Abad, directora de la Agència Catalana del Consum, remarcó la importancia de la ley para los consumidores dado que las condiciones económicas de adquisición de una vivienda, en muchos casos, pasan por el crédito hipotecario, y el destacado papel de la Agencia en difundir los aspectos más importantes para garantizar los derechos de las personas consumidoras. Por último, el director general de los Registros y del Notariado, Pedro Garrido, afirmó que nos podemos felicitar por esta ley, destacando que el elemento fundamental es la transparencia, y recordó la necesidad de que la plataforma tecnológica utilizada por las entidades sea la del Notariado.

En la clausura del acto, Joan Carles Ollé, decano del Colegio, afirmó que “nuestra valoración de la ley es positiva y supone un importante paso al frente en la protección al consumidor y el refuerzo de la seguridad jurídica de la fase precontractual de los préstamos hipotecarios, y lo hace reforzando la función notarial al servicio del ciudadano”.

Nuevas perspectivas iusprivatistas para el Notariado después de la Constitución española de 1978

Los días 12, 13, 19 y 20 de junio tuvieron lugar las Jornadas “Nuevas perspectivas iusprivatistas para el Notariado después de la Constitución española de 1978”, que contaron con las ponencias de notarios, catedráticos y profesores universitarios para abordar esta cuestión. En las dos primeras sesiones tomaron la palabra Ángel Serrano, notario de Barcelona, para exponer las distinciones conceptuales y nueva jurisprudencia; Aurelia Álvarez, profesora titular, acreditada Catedrática, de Derecho Internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, para hablar de los migrantes; Sandra Camacho, profesora agregada de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, quien expuso el tema del ciborg: la tecnología aplicada al cuerpo humano y la capacidad natural de las personas; José Alberto Marín, notario de Barcelona y vicedecano del Colegio, para exponer la



Vida corporativa

desjudicialización voluntaria; Antoni Vaquer, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lleida, habló del derecho de sucesiones y Constitución; Juana Marco, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, se centró en la prueba extrínseca en el testamento; Carles E. Florensa, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lleida, habló de los últimos recursos ante el TC sobre Derecho Civil catalán; y Jesús J. Fuentes, notario de Barcelona, expuso el marco constitucional de asociaciones y fundaciones. (Continúa)

La segunda semana contó con la participación de Jordi Ribot, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona, para hablar de la discapacidad y capacidad jurídica: hacia un nuevo modelo institucional basado en el apoyo en la toma de decisiones; Gemma Rubio, profesora agregada de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, quien expuso el asesoramiento de parte y asesoramiento legal independiente en los pactos sobre ruptura de pareja; mientras Esther Farnós, profesora lectora de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, se centró en la cuestión de repensar la filiación: viejas categorías y nuevos modelos familiares.

Mireia Artigot, profesora lectora de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, se centró en los consumidores financieros y autonomía privada. Lecciones de la litigación española; Sergio Nasarre, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, habló de cómo superar la pendular e ineficiente legislación en arrendamientos urbanos de vivienda: las soluciones en derecho comparado; Elena Lauroba, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, quien expuso qué modelos de propiedad ampara la Constitución; Doménech Sibina, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, habló de la vivienda protegida en la legislación urbanística y en la de vivienda; y, por último, Antoni Bosch, notario de Barcelona, cerró las intervenciones exponiendo los retos del Notariado en el siglo XXI.



En la primera de las dos jornadas tomaron la palabra Antoni Vaquer, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lleida; Ángel Serrano, notario de Barcelona; Elena Lauroba, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona; Doménech Sibina, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona; y Antoni Bosch, notario de Barcelona

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.**