

EL Notario

DEL SIGLO XXI

Revista del Colegio Notarial de Madrid
Nº 109 MAYO/JUNIO 2023 11€

Digitalización de actuaciones notariales

Ucrania en tres actos

Modificaciones estructurales. Principales novedades

Georreferenciación y Registro de la Propiedad



The illustration depicts a multi-story house with a red-tiled roof and a central skylight. Several windows and balconies are visible. In each window, a person is shown with a distressed expression, covering their face with their hands. The scene is set against a dark blue background, suggesting a night or a somber atmosphere. The overall style is a textured, painterly illustration.

La nueva Ley por el Derecho a la Vivienda



COLEGIO NOTARIAL DE MADRID

COLECCIÓN PRÁCTICA NOTARIAL - FICHEROS

*Esta Colección engloba "Práctica Notarial (Fichero 2022)", "Práctica Notarial (Fichero 2021)" y "Práctica Notarial (Fichero 2020)"

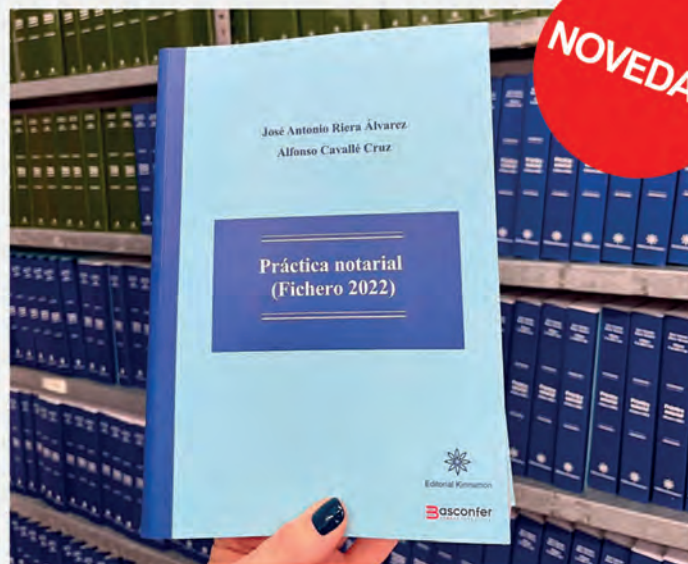
PRÁCTICA NOTARIAL (FICHERO 2022)

Práctica Notarial (Fichero 2022) es una potente herramienta que agilizará el trabajo diario del notario, con respuestas prontas y certeras a cada consulta. Este libro se posiciona como una herramienta eficaz para el Notario, de modo que le pueda ser de ayuda en el día a día teniendo una respuesta rápida y segura a los problemas y pretensiones habituales que plantean los particulares en la Notaría.

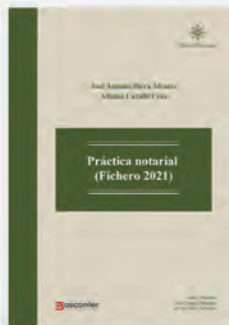
Autores: Alfonso Cavallé Cruz (Notario); José Antonio Riera Álvarez (Notario)

Páginas: 627; Fecha de edición: 1ª edición Marzo 2023. **Editorial Kinnamon**

Precio: 130 € +IVA



PRÁCTICA NOTARIAL (FICHERO 2021)



Autores: Alfonso Cavallé Cruz (Notario); José Antonio Riera Álvarez (Notario)

Páginas: 800; Fecha de edición: 1ª edición, Marzo 2022. **Editorial Kinnamon**

Precio: 130 € +IVA

PRÁCTICA NOTARIAL (FICHERO 2020)

Autores: Alfonso Cavallé Cruz (Notario); José Antonio Riera Álvarez (Notario)

Páginas: 488; Fecha de edición : 1ª edición, Marzo 2021. **Editorial Kinnamon**

Precio: 70 € +IVA



PRONTUARIO DE PRÁCTICA NOTARIAL **DOS TOMOS**

Obra de consulta práctica para profesionales, sobre unos cincuenta temas diversos y actuales en el quehacer diario del Notario. Se compone de Normativa legal extractada y concordada con sus normas de desarrollo. Además contiene jurisprudencia y Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, incluso las de Sistema Notarial y Consultas. Añade comentarios profesionales del autor Notario con 25 años de experiencia. Es una obra para resolver dudas y preparar escrituras con fundamento sólido. Incluye Circulares, Notas y Comunicaciones emanadas del CGN.

Autor: Ramón García-Atance Lacadena (Notario)

Páginas: 3.982; Fecha de edición: 4ª edición, Enero 2023. **Editorial Basconfer**

Precio: 249 € +IVA




Ley 11/2023, de 8 de mayo

Acaba de publicarse, el pasado 8 de mayo, la que tal vez sea la más importante reforma de la Ley del Notariado desde su aparición hace ciento sesenta y un años, bajo el rotulo digitalización de actuaciones notariales.

La digitalización no es una novedad para el Notariado, que hace más de veinte años creó su propio centro tecnológico, lo que le ha permitido, en honor a la verdad, colocarse a la cabeza en el desarrollo digital de la función pública, mediante la interconexión de todos los notarios en una única red (RENO) y la creación de la sede electrónica notarial (SIGNO) que ha permitido la remisión, a partir del 28 de junio 2006, de más de cien millones de copias electrónicas a los Registros y las Administraciones Públicas. Ello unido a la aparición del índice único informatizado en el año 2004 que es la segunda base de datos de España y que ha supuesto el empeño y el esfuerzo, a menudo muy gravoso, de todos los notarios y de sus empleados, obligados a grabar en campos parametrizados los datos requeridos según el tipo de documento, con el fin de cumplir las obligaciones de información impuestas al respecto, de orden tributario, catastral y estadístico. Este índice ha servido para la creación de la base de datos de titular real que es un ejemplo a nivel mundial, reconocida por el GAFI en la lucha contra el blanqueo y la financiación del terrorismo.

Tal vez sea la más importante reforma de la Ley del Notariado desde su aparición hace ciento sesenta y un años, bajo el rotulo digitalización de actuaciones notariales

Pues bien, la nueva Ley da un paso decisivo: abre la sede electrónica notarial a los ciudadanos, de manera que en adelante se puedan realizar determinados actos mediante videoconferencia con el notario en la sede electrónica notarial, que alojará asimismo el protocolo electrónico, todo ello con las máximas garantías, pues todos los servicios electrónicos que viene prestando el Notariado han sido catalogados en el nivel más alto según el esquema nacional de seguridad.

Ha sido un proceso que se inició hace cosa de seis años, estando en proyecto todavía la Directiva de Herramientas Digitales que se traspone en méritos de la nueva Ley para facilitar la opción de constituir sociedades de responsabilidad limitada a distancia, lo que, finalmente, sobrepasado el plazo de trasposición, se lleva a efecto por esta importantísima ley, permitiendo la sustitución de la presencia física por la telemática gracias a la 

videoconferencia. Este ha sido el camino seguido por ejemplo en Bélgica y Alemania, que busca conciliar el otorgamiento a distancia con las garantías inherentes a la intervención notarial, al asegurar la prestación de un consentimiento informado y la evitación de fraudes, entre ellos los asociados al blanqueo de capitales.

Ya hace seis años que el Notariado español a la vista de la Directiva en ciernes encargó a su centro tecnológico un procedimiento para la constitución a distancia de sociedades, lo que permitió, en la peor fase de la pandemia, proponer su aplicación y su extensión a otros documentos susceptibles de adaptarse a la videoconferencia sin poner en riesgo las garantías consustanciales a la intervención notarial. No fue posible entonces, pero la nueva Ley ha recogido aquellas propuestas, extendiendo este procedimiento a las pólizas mercantiles y a ciertos actos unilaterales, así como complementado este objetivo con una reforma de enorme importancia cual es la introducción del protocolo electrónico.

La Ley del Notariado, gracias a la reforma introducida por la Ley 24/2001, anticipaba la existencia de la matriz electrónica, pero supeditaba su aplicación a un futuro reglamento cuando las condiciones de la técnica permitieran su extensión y conservación indefinida, en armonía con la naturaleza del documento notarial. Se ha avanzado mucho desde entonces, si bien la conservación en el tiempo del documento sigue siendo un riesgo no suficientemente cubierto por la técnica. Por ello, prudentemente, el legislador ha optado por mantener el protocolo en papel junto con el electrónico. El principio al que

La digitalización no es una novedad para el Notariado, que hace más de veinte años creó su propio centro tecnológico, lo que le ha permitido, en honor a la verdad, se colocara a la cabeza en el desarrollo digital de la función pública

responde la Ley es que cada documento notarial poseerá en adelante un doble formato en papel y electrónico o, si se quiere, una doble redacción, alfabética y encriptada. Las ventajas de este doble formato o doble protocolo son enormes en todos los sentidos, pues el protocolo electrónico, frente al carácter estático del protocolo en papel, ostentará un carácter dinámico, al abarcar la vida del negocio jurídico y sus distintas vicisitudes por medio de las notas de coordinación y modificación jurídica, lo que favorecerá, además, la circulación de los documentos notariales, de modo, por ejemplo, que un ciudadano pueda llevar la copia autorizada en su móvil.

En fin, en su conjunto la reforma, que entrará en vigor pasados seis meses de su publicación, implica la confianza del legislador en el compromiso del Notariado con la sociedad, que solo cabe agradecer y corresponder con la mayor atención. ●



DIRECTORIO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS ESPECÍFICOS PARA DESPACHOS NOTARIALES

APLICACIONES INFORMÁTICAS Y SERVICIOS DE GESTIÓN INTEGRAL



NOTAR-III: Índices, Control Gestión, Textos, Contabilidad, Integración, Redes, SMS, Fax al Registro, Imágenes, etc.

www.gging.com
Tel. 93 322 61 62

JPA
INFORMATICA

Aplicación de gestión integral e-gestion. Notaword. Instalación y mantenimiento de servidores, redes, PCs

www.jpas.es
Tel. 902 102 111

Optima
ultimate

Celebramos nuestro 30 aniversario con la nueva versión de Óptima Ultimate 2022. Gestión más ágil y eficiente de su notaría

www.optimultimate.es
Tel. 95 821 52 80

NOTARNET

Solución integral software y hardware

www.notarnet.es
Tel. 902 929 789

WORDPLEX
SOFTWARE SOLUTIONS

La nueva versión de nuestra solución integral (Avance Net) aumentará de forma espectacular su productividad. Hardware, Redes, centralitas, control horario

www.wordplex.es
Tel. 93 211 33 00

SERVICIO DE ELABORACIÓN DE ÍNDICES NOTARIALES

n notarline

Máxima flexibilidad según las necesidades de cada notaría. Documentos individuales sin la obligación de contratar un año completo. Expertos en documentos complejos

www.notarline.com
Tel. 91 405 77 90

EL NOTARIO DEL SIGLO XXI es una revista bimestral editada en Madrid, que analiza la actualidad desde un punto de vista jurídico

Comité Editorial Asesor: José Aristónico García Sánchez, Ignacio Solís Villa, Rodrigo Tena Arregui, José A. Martínez Sanchiz, Alfonso Madríguez Fernández, José Manuel García Collantes, Ignacio Gomá Lanzón, Fernando Rodríguez Prieto, Juan Pérez Hereza, Fernando Gomá Lanzón, Concepción Pilar Barrio del Olmo, Álvaro Delgado Truyols, Javier Manrique Plaza, Ignacio Maldonado Ramos, Amanay Rivas Ruiz, Joaquín Fernández-Cuervo Infiesta, Álvaro Lucini Mateo, Carlos Pérez Ramos, Valerio Pérez de Madrid, Ricardo Cabanas Trejo, Segismundo Álvarez Royo-Villanova, Manuel González-Meneses García-Valdecasas, Eduardo Hijas Cid, Carmen Boulet Alonso y Gonzalo López-Fando Santafé.

Comité de Dirección: Ignacio Gomá, Segismundo Álvarez, Concepción Pilar Barrio, Eduardo Hijas, Gonzalo López-Fando, Carmen Boulet.

Presidente: José Aristónico García

Director: Ignacio Gomá

Subdirector: Segismundo Álvarez

Edita: Colegio Notarial de Madrid

Administración, Redacción:

Yolanda Ballesteros García-Asenjo
Calle Ruiz de Alarcón, 3 - 28014 MADRID
Tel. 912130039 - Fax. 912130046
revista@madrid.notariado.org

A fin de garantizar un correcto envío mantengan sus datos actualizados

Coordinación: Elena López Ewert

Maquetación: Juan A. del Prado (diseño), José Brey

Fotografía: José Brey, Manuel González, Agencias

Ilustraciones: Iván Mouronte, Laura Liedo, Grillante

Publicidad: Colegio Notarial de Madrid (912130058), Editorial MIC (902271902)


Impresión: Editorial MIC

Plataforma digital: Pilar Luis – AXIONNET
pilar@axionnet.com

Depósito Legal: M. 26.028-2005

ISSN: 1885-009X

 www.elnotario.es

 @elnotarioSXXI





Portada:

Ilustración de Iván Mouronte

SUMARIO

Nº109 MAYO/JUNIO 2023

EDITORIAL

3 Ley 11/2023, de 8 de mayo

TRIBUNA

8 Ucrania en tres actos
J. M. de Areilza Carvajal



LA OPINIÓN

LEY DE LA VIVIENDA

12 ¿Cómo afecta la nueva Ley de Vivienda a los propietarios?
J.R. Couso Pascual

18 Ley de Vivienda: el Estado renuncia a cumplir con el art. 47 de la C.E.
S. Nasarre Aznar

RETOS EN LA INTERSECCIÓN DE LA CIENCIA, TECNOLOGÍA Y DERECHO

24 Aplicaciones de la I.A. en el campo de la semántica y procesamiento de textos
H.R. De Los Ríos / K. Cetina / B. Villazón-Terrazas



28 La cuestión de la gestación subrogada
R. Contreras Bernier

DERECHO MERCANTIL: APUNTES SOBRE SOCIEDADES Y EMPRESA

32 Las “fugas” del principio mayoritario en los nuevos planes de reestructuración
J. Pulgar Ezquerra

40 El anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales. Principales novedades
S. Álvarez Royo-Villanova

44 De la fusión sin papeles a la fusión empapelada (una reflexión al hilo de un anteproyecto de ley)
R. Cabanas Trejo

50 La responsabilidad de la empresa española
F. Román Riechmann

GEORREFERENCIACIÓN

54 Coordinación Catastro-Registro
E. Brancós Núñez

62 Juicio crítico sobre la Resolución DGSJFP de 17 de enero de 2023: final de obra parcial y georreferenciación
J. Micó Giner

INTERMEDIARIOS HIPOTECARIOS

66 ¿Qué compromisos asumo cuando firmo un contrato con un intermediario de crédito?
J. Pérez Hereza

70 La figura del intermediario o broker hipotecario: ¿merece la pena contratar sus servicios?
F. López Herrero / J. Mariscal de Gante Burguete

VARIA

- 74 La escritura notarial de apoyo a la persona con discapacidad y el régimen de la ineficacia negocial **R. Tena Arregui**
- 80 Instrumentos alternativos al testamento y la pretendida transmisión al margen de la herencia **Mª P. Represa Polo**
- 86 **HACIENDA Y ESTADO DE DERECHO** Sobre el *ius puniendi* fiscal **G. Casado Ollero**

91 LEGISLACIÓN Y TRIBUNALES

- Legislación de la UE
- Legislación Estatal
- Legislación Autonómica
- Tribunal de Justicia de la UE
- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Jurisprudencia Fiscal
- DGSJyFP
- De interés notarial

ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO

- 140 A. Urrutia Badiola / R. Cabanas Trejo / M. González-Meneses García-Valdecasas

PRÁCTICA JURÍDICA

- 152 El telefax posmoderno **J. Manrique Plaza**
- 156 Un pacto sucesorio olvidado pero potencialmente muy útil: la promesa de mejorar o no mejorar del art. 826 CC **F. Gomá Lanzón**
- 160 ¿Qué le pasa a la Dirección General con la separación de hecho? **C. Pérez Ramos**

164 DERECHO FISCAL

La problemática actual de la residencia fiscal: tecnología y nuevos métodos de investigación de la Agencia Tributaria **G. R. Grifón Pérez**

168 DERECHO FISCAL

El ITSGF (sic) ya está aquí... **J. Gómez Taboada**

FUNDACIÓN SIGNUM

170 ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

De la hostilidad a la inteligencia a la luz de la Neurociencia **M. L. Sánchez García-Arista**



SECCIÓN CORPORATIVA

- 174 Kipling y sus siete millones de porqués **M. Matute**
- 176 Noticias del Colegio Notarial de Madrid / Otras noticias
- 178 Revista de Prensa

PANORAMA

- 180 La mili subrogada **P. Barrios Fernández**
- 186 **LA PERSPECTIVA** Sobre el ceremonial **M. Á. Aguilar**
- 190 **LOS LIBROS** Un escrutinio exhaustivo del alma humana **J. Aristónico García Sánchez**



Un año de actualidad jurídica en su domicilio

Para suscribirse a El Notario del Siglo XXI envíe el boletín a la dirección C/ Ruiz de Alarcón, 3 28014 Madrid, o entre en www.elnotario.es

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

D. / D.ª
Profesión/Cargo
Dirección postal
Teléfono
e-mail

Deseo suscribirme a la revista EL NOTARIO DEL SIGLO XXI al precio de **66 euros anuales** (6 ejemplares al año).

PAGO DE LA SUSCRIPCIÓN:

Transferencia bancaria a favor del COLEGIO NOTARIAL DE MADRID. CIF Q2863001J. C/ Ruiz de Alarcón 3 - 28014 Madrid

En		
a	de	de 2023
(firma)		

En cumplimiento con lo establecido en la normativa se informa del tratamiento de sus datos personales por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, como Responsable del tratamiento, con el fin finalidad de gestionar su suscripción a la revista y el cobro de las cuotas anuales, siendo necesario el tratamiento de sus datos para llevar a cabo dicho fin. Los datos personales no se cederán a terceros, excepto en caso de obligación legal y se conservarán mientras se mantengan las relaciones con usted o durante los plazos establecidos por Ley. Tiene la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación, portabilidad y oposición dirigiéndose al Ilustre Colegio Notarial de Madrid a la dirección postal: C/ Ruiz de Alarcón, 3- 28014 Madrid o por e-mail: revista@madrid.notariado.org, aportando documentación que acredite su identidad. Tiene el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control (AEPD). Datos de contacto del delegado de protección de Datos: ANCERT, C/ Campezo, nº 1, Edificio 6, pl. 2ª - 28022 Madrid.

José María de Areilza Carvajal, Profesor de ESADE y Secretario General de Aspen Intitute España. Fue nombrado titular de la Cátedra Jean Monnet-ESADE por la Comisión Europea en 2013. Ha sido profesor visitante en INSEAD Business School, London Business School y William & Mary School of Law, Virginia. De 1996 a 2000, fue Vocal Asesor para Asuntos Europeos del Gabinete del Presidente del Gobierno Español. Escribe una columna semanal en el diario ABC sobre política internacional. Es autor del libro "Poder y Derecho en la Unión Europea" (Civitas, 2014).

Ucrania en tres actos



José M. de Areilza Carvajal

Doctor en Derecho por la Universidad de Harvard. / Profesor ordinario de ESADE y Cátedra Jean Monnet-ESADE. / Secretario General de Aspen Institute España

La invasión de Ucrania fue decidida por Vladimir Putin bajo el presupuesto de que los europeos y los norteamericanos no reaccionarían con firmeza y mucho menos al unísono. El dictador ruso se fiaba del precedente de su entrada en Crimea en 2014, una clara violación del Derecho Internacional con apenas costes, y del fiasco de la retirada occidental de Afganistán. Durante la pandemia, Putin se había aislado del mundo y en lugar de sumergirse en Tolstoi o en Chéjov había leído historia de Rusia a partir de relatos tenebrosos e imperiales. Acabó por pensarse heredero de los zares que, a través de muchos años de conflictos bélicos, convirtieron a su país en una gran potencia. El primer acto de su guerra fue un rotundo fracaso. El ejército ruso no pudo tomar Kiev en pocos días, como había planeado, sus ciberataques fueron repelidos y sus campañas de desinformación desmontadas. Tanto el pueblo ucraniano como un conjunto de cuarenta países liderados por Estados Unidos se aprestaron para frenar en seco la agresión. El presidente Joe Biden hizo gala de su larga experiencia en asuntos internacionales y supo tender puentes sobre el Atlántico, consultar a sus principales aliados europeos y activar todos los resortes de la OTAN. Por su parte, en el seno de la Unión Europea se tomaron decisiones históricas, que parecían imposibles unos meses antes: la Comisión financió la compra de armas

para Ucrania, se aprobaron por unanimidad varios paquetes de sanciones contra el régimen de Moscú y se dio la bienvenida a cientos de miles de refugiados ucranianos sin provocar crisis políticas en los Estados de acogida. Alemania, gobernada por un tripartito en principio poco cohesionado, anunció a los pocos días de la invasión rusa un giro histórico en su política exterior y de defensa, con un aumento espectacular del gasto militar y un refuerzo de su compromiso con la Alianza Atlántica. El Reino Unido, todavía bajo el impacto del error histórico del Brexit, supo volcarse junto con los demás países europeos en la asistencia a Ucrania. Si Rusia no hubiera sido el país con más misiles nucleares del mundo, el apoyo occidental al gobierno de Kiev habría ido más allá, aportando armas no solo para defenderse sino para ganar la guerra. Enseguida empezaron a llegar a Moscú muy malas noticias, desde la falta de preparación y la desmoralización de su ejército a los problemas de logística y suministros.

Vivimos desde entonces en el segundo acto de esta invasión, quince meses en los que el conflicto ha mutado en una guerra de atrición y de trincheras. Ninguno de los dos bandos tiene la capacidad de vencer con rotundi-


Durante la pandemia, Putin se había aislado del mundo y en lugar de sumergirse en Tolstoi o en Chéjov había leído historia de Rusia a partir de relatos tenebrosos e imperiales



dad al otro y confía en el desgaste del enemigo. La victoria solo puede llegar por la mayor capacidad de resistir los daños y el horror del conflicto. China había acordado una “alianza sin límites” con Rusia unas semanas antes de la invasión. Al torcerse los planes iniciales de Putin, ha ayudado a su socio con importaciones crecientes de gas y petróleo y, sobre todo, difundiendo en sus medios de comunicación y por todo el mundo un relato pro-ruso sobre las causas de la guerra. Ha frenado a Putin en su tentación de usar armas nucleares (el mismo mensaje sobre esta línea roja se lo ha hecho llegar Washington) y ha formulado una propuesta poco creíble de alto el fuego y mediación, como guiño a los europeos, con los que no quiere perder su relación económica y comercial. Para el régimen de Beijing tanto una victoria de Putin como su fracaso harán que una Rusia aislada de Occidente sea cada vez más dependiente de China.

Varias potencias regionales -India, Brasil, Arabia Saudí, Turquía- han aprovechado la escisión en dos bloques provocada por la invasión de Ucrania para buscar ventajas de uno y otro lado. Del mismo modo, muchos otros países han preferido no alinearse con Occidente y sus aliados y tampoco a favor de la entente chino-rusa, un desapego por parte del Sur que definirá cada vez más la geopolítica de los próximos años. En Estados Unidos, los quince meses de guerra en Ucrania han debilitado el

El primer acto de su guerra fue un rotundo fracaso. El ejército ruso no pudo tomar Kiev en pocos días, como había planeado, sus ciberataques fueron repelidos y sus campañas de desinformación desmontadas

apoyo popular al gobierno de Biden, en especial de los votantes republicanos. Los dos principales aspirantes conservadores a la Casa Blanca, Donald Trump y Ron DeSantis, reducirían el apoyo norteamericano a Kiev si llegan a la Casa Blanca, aunque del gobernador de Florida cabe esperar un cálculo más racional de intereses. La política exterior norteamericana tiene una sola prioridad, fundada además en un consenso bipartidista, y es frenar a China para mantener su hegemonía global. Ucrania es un jalón en este camino. Washington conmina a los europeos a devolver el apoyo norteamericano prestado haciendo funcionar la alianza transatlántica en el Pacífico, y más en concreto en lo que se refiere a Taiwan. La isla china es una democracia que incomoda a 



La guerra también ha afectado al precio de los alimentos.

Beijing y además controla el 80% de la producción mundial de semiconductores. Estados Unidos ha anunciado que la defenderá de una agresión externa y espera de los europeos la misma solidaridad que han mostrado ellos en nuestra frontera Este. No parece que muchos países de la Unión Europea estén dispuestos a dar este paso.

Los europeos hemos pasado este primer año de guerra sufriendo las consecuencias económicas del conflicto, empezando por la subida del precio de la energía y los alimentos. Las sanciones a Moscú nos han dañado más que a los norteamericanos, que por otra parte han resultado beneficiados al poder vender su gas a altos precios. La Unión Europea ha conseguido reducir enormemente la dependencia de las importaciones de energía de Rusia. Países como Hungría o Italia han enfriado sus buenas relaciones con Putin y Finlandia y Suecia han dado el paso histórico de ingresar en la OTAN. Pero el cansancio empieza a hacer mella. En el Consejo Europeo no hay liderazgo para aprovechar la cohesión ante la emergencia planteada en Ucrania y poner en pie rápidamente una verdadera política de seguridad y defensa. Alemania toma decisiones por su cuenta sobre compra de sistemas de defensa aérea o aviones de combate. La industria europea de defensa está al límite de sus capacidades. La fabricación de material militar sigue haciéndose desde lógicas nacionales, es decir, sin que el armamento sea luego compatible entre los distintos ejércitos europeos.

En Ucrania la población ha dado muestras de heroísmo y unidad. Han conseguido, por ejemplo, que la producción agrícola solo baje un 10%. El odio a todo lo ruso es el sentimiento común y ya no tiene futuro una cultura dual, ucraniana y rusa. El presidente Zelenski se ha convertido en un admirado símbolo global de la resistencia frente a la tiranía y por ahora no contempla nada distinto de una victoria completa, Crimea incluida. Por su parte, Putin puede permitirse seguir enviando miles de soldados a Ucrania, a pesar de las aproximadas 100.000

bajas sufridas. No tiene contestación interna, controla los medios de comunicación y es una figura popular. Explica con una épica hiper-nacionalista cómo Rusia está “resistiendo la agresión occidental” e incluso puede declarar la victoria en cualquier momento y seguir en el poder. No obstante, el dictador calcula que puede ganar la guerra si ésta se alarga varios años. También sabe que si Donald Trump vuelve al poder tendrá la posibilidad de lograr una salida más que airosa.

El tercer acto será el desenlace, aún desconocido, de la invasión de Ucrania. Antes de las elecciones norteamericanas de noviembre de 2024 es posible que Biden aspire a lograr un alto el fuego e intente sentar en una mesa de negociación a rusos y ucranianos. Sería una manera de demostrar a sus ciudadanos que la enorme inversión que ha hecho de capital político produce resultados. También de frenar con realismo los costes cada vez mayores que supone el apoyo occidental a Ucrania. Estados Unidos podría dedicar así todas sus energías a la contención de China. Los asuntos a tratar en una futura

En Ucrania la población ha dado muestras de heroísmo y unidad. Han conseguido, por ejemplo, que la producción agrícola solo baje un 10%. El odio a todo lo ruso es el sentimiento común y ya no tiene futuro una cultura dual, ucraniana y rusa

de conferencia de paz entre Ucrania y Rusia son muy difíciles: fronteras, reconstrucción, reparaciones, responsabilidad internacional de Rusia, derechos de las minorías rusófonas en el Este de Ucrania, garantías de seguridad y pertenencia de este país a la OTAN y a la Unión Europea. La paz se construirá sobre unas bases que tardarán mucho tiempo en negociarse y mientras tanto la amenaza rusa y la inestabilidad seguirán presentes en la frontera oriental de Europa. Como ha subrayado Ursula von der Leyen, esta invasión es un ataque a la economía, los valores y el futuro de todos los europeos, no solo de los ucranianos. Pero la necesidad de avanzar con rapidez hacia una defensa europea, que refuerce y complemente la Alianza Atlántica, no sólo es una respuesta al revanchismo ruso, sino que está relacionada con un cambio histórico, la entrada en una nueva era de grandes rivalidades. El lugar de Europa en el nuevo desorden mundial está por definir y lo más importante es que seamos nosotros los que decidamos cómo proteger nuestros intereses y proyectar los valores que nos definen como civilización. ●

Encuentra tu
Optica Roma:

Plaza de
Manuel Becerra, 18
91 309 68 58

Bravo Murillo, 166
(Estrecho)
91 572 02 07

Alberto Aguilera, 62
(Argüelles)
91 550 21 90

Alcalá, 388
(Pueblo Nuevo)
91 406 15 25

Plaza de Legazpi, 1
(Legazpi)
91 752 10 77

Av. Monforte de Lemos, 101
(B° del Pilar)
91 731 32 17

O'Donnell, 11
(Príncipe de Vergara)
91 432 16 49

Caleruega, 39
(Pinar de Chamartín)
91 768 29 36

Av de Europa, 7
(Pozuelo)
91 715 44 51

Paseo de la
Castellana, 148
91 142 21 01



opticaroma.com

Todo más claro para tu vida digital indoor.

Lentes Progresivas ZEISS Clear



Seeing beyond



Pregunta
por tu
segundo par
de **lentes
progresivas
de sol.**

OPTICA
ROMA®

LEY DE LA VIVIENDA

Analiza en este número **José Ramón Couso Pascual** la nueva Ley por el Derecho a la Vivienda que ha generado controversias sobre la protección del derecho de propiedad y los mecanismos de recuperación de la posesión, lo que podría ralentizar los procesos de desahucio. Por otro lado, **Sergio Nasarre** cuestiona las medidas previstas en el Proyecto de Ley, como la expropiación de viviendas y el control de renta, que difícilmente contribuirán a mejorar el acceso a la vivienda.

¿CÓMO AFECTA LA NUEVA LEY DE VIVIENDA A LOS PROPIETARIOS?

Desarrolla el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada y modifica la protección procesal del derecho de propiedad



José Ramón Couso Pascual

Diputado de la Junta y
Presidente Sección Derecho
Bancario I.C.A.M.
Patrono Fundación Hay
Derecho

Una extensa y polémica normativa

El pasado 17 de mayo el Pleno del Senado aprobó el Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda (BOCG de 8 de mayo de 2023, 121/000089) -en adelante, el Proyecto- tramitado por el procedimiento de urgencia sin que se aprobase ninguna de las enmiendas presentadas tras la aprobación el 27 de abril por el Pleno del Congreso de los Diputados y que, al escribir estas líneas, aún no ha sido publicado en el B.O.E.

Desde que en octubre de 2021 se anunció el Borrador de Anteproyecto, su tramitación, como es habitual desde unos años a esta parte, no ha estado exenta de polémica política -avivada por la celeridad en su aprobación en puertas de un proceso electoral- aunque también ha generado controversias estrictamente jurídicas por las novedades que incluye el texto, en particular sobre la regulación procesal del ejercicio del derecho de propiedad y la situación posesoria de las viviendas.

LA OPINIÓN LEY DE LA VIVIENDA

Una primera zona de fricción técnica se sitúa en la necesidad de promulgar esta legislación estatal centrada en una materia transferida a las Comunidades Autónomas. Como es sabido, los distintos Estatutos de Autonomía han asumido las competencias de vivienda, al hilo de la previsión del art. 148.1.3º de nuestra Constitución que establece que “*Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) 3. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.*” El Proyecto aprobado, ante las críticas recibidas, algunos anuncios de recurso de inconstitucionalidad y ciertas dudas suscitadas sobre su procedencia en una materia transferida, contempla la subsidiariedad de la propia Ley al señalar su disposición final 7ª.4.b que: “*Lo dispuesto en esta Ley se aplicará sin perjuicio de: (...) b) El ejercicio de la competencia exclusiva que hayan asumido las comunidades autónomas en virtud del artículo 148.1.3.º de la Constitución en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.*”

Como reconoce el Preámbulo del Proyecto aprobado, todas las CC.AA. tienen asumida, sin excepción, la competencia plena en materia de vivienda y “*A diferencia del Estado, que sólo puede incidir, con distinto alcance y sobre la base de títulos competenciales diversos, en la política de vivienda, los legisladores autonómicos pueden formular completos programas normativos de la acción pública en la materia.*” Esta justificación de la Ley y su aplicación supletoria, como hemos visto, aviva las dudas sobre su fundamento o necesidad legal y podría explicar el hecho de que no se hubiera abordado, hasta la fecha, una iniciativa legislativa estatal con esta finalidad desde 1.978; este “vacío” en la legislación estatal, no obstante, no ha impedido que distintos Gobiernos haya aprobado sucesivos Reales Decretos con consecutivos Planes Estatales: de vivienda y rehabilitación (2009-2012), de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas (2013-2016), de Vivienda (2018-2021) y para el acceso a la vivienda (2022-2025).

El derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y la función social de la propiedad

Si bien el art. 33 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada y proclama que su función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, el Proyecto aprobado ahonda en esta limitación al regular el contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda (en relación con su función social) al declarar que “*incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento*”. Esto es, esta limitación incluye la obligación legal de quien sea propietario de destinar la misma a ese uso habitacional y de mantenerla, conservarla y rehabilitarla.

Una primera zona de fricción técnica se sitúa en la necesidad de promulgar esta legislación estatal centrada en una materia transferida a las Comunidades Autónomas

De otra parte, el Proyecto identifica otros objetos de esta Ley como son regular, de una parte, “*el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma en condiciones asequibles*” y, de otra, “*reforzar la protección del acceso a información completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda.*”

Evidentemente, ese acceso a la vivienda no tiene por qué efectuarse en condición de propietario y para favorecer precisamente ese acceso, se redefinen e introducen conceptos que sólo serán aplicables siempre que no entren en contradicción con la legislación autonómica. ➡

RESUMEN

La nueva Ley por el Derecho a la Vivienda Ley ha suscitado controversias técnico jurídicas sobre la protección efectiva del derecho de propiedad, los mecanismos de recuperación de la posesión por los arrendadores, las nuevas exigencias procesales para acreditar la condición de vivienda habitual del ocupante, etc. lo que augura juicios verbales más lentos a la hora de recuperar la posesión de viviendas en procedimientos de desahucio, sin perjuicio de favorecer las dilaciones en los lanzamientos en procesos hipotecarios y ejecutivos. Se establece la intervención de las Administraciones Públicas mediante procedimientos de conciliación o intermediación en caso de vulnerabilidad cuya duración y eficacia son una incógnita. Se traslada a los propietarios la obligación del art. 47 de la Constitución que impone a los poderes públicos promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, sin que se excluya en la práctica la litigación que, eso sí, será más costosa y lenta para los propietarios de viviendas.

Palabras clave

Vivienda digna y adecuada, Acceso a la vivienda, Zona residencial tensionada, Gran tenedor, Sinhogarismo, Deberes del propietario, Arrendamiento, Limitación de rentas, Prórroga forzosa, Desahucio, Vivienda habitual

LA OPINIÓN LEY DE LA VIVIENDA

Así se considera **Vivienda Protegida** aquella “sometida a un régimen especial para destinarla a residencia habitual de personas con dificultades de acceso al mercado de vivienda, tanto en ámbitos urbanos y metropolitanos, como en el medio rural” y que diferencia entre **Vivienda Social** y **Vivienda Protegida de Precio Limitado**. Como novedad el Proyecto introduce el concepto de **Vivienda Asequible Incentivada** “como aquella vivienda de titularidad privada, incluidas las entidades del tercer sector y de la economía social, a cuyo titular la Administración competente otorga beneficios de carácter urbanístico, fiscal, o de cualquier otro tipo, a cambio de destinarlas a residencia habitual en régimen de alquiler, o de cualquier otra fórmula de tenencia temporal, de personas cuyo nivel de ingresos no les permite acceder a una vivienda a precio de mercado”

Otro concepto novedoso es el de **Gran Tenedor**, que será la persona física o jurídica “titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros.” (en línea con lo ya señalado en el art. 46 a) del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo). En entornos de mercado residencial tensionado podrían llegar a considerarse también a los titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma. Un último término novedoso es el de **Sinhogarismo**, definición compleja que incluirá, entre otros, a quienes residan “(...) en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia.”

A ello se une la incorporación en el art. 18 de la regulación de las llamadas **Zonas de Mercado Residencial Tensionado** “en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que hagan asequible para su acceso en el mercado, de

acuerdo con las diferentes necesidades territoriales”, (revisable cada 3 años) siempre que se produzca al menos una de las siguientes circunstancias:

“a) Que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el 30% de los ingresos medios o de la renta media de los hogares. b) Que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya experimentado en los 5 años anteriores a la declaración como área de mercado de vivienda tensionado, un porcentaje de crecimiento acumulado al menos 3 puntos porcentuales superior al porcentaje de crecimiento acumulado del índice de precios de consumo de la comunidad autónoma correspondiente.” En estas zonas de mercado residencial tensionado se podrán imponer medidas a quienes sean Grandes Tenedores de colaboración y suministro de información sobre el uso y destino de sus viviendas

Llama la atención, en una primera lectura, que la nueva ley no confiera una mayor protección al titular dominical de viviendas frente a fenómenos que inciden en la seguridad jurídica de la propiedad (supuestos de usurpación, entregas de la posesión a adjudicatarios en procedimientos judiciales, desahucios por impago de rentas, etc.) y que potenciaría, en mi opinión, la confianza de los propietarios a la hora de propiciar el arrendamiento de dichas viviendas.

Frente a ello, se dificulta (o se ralentiza, al menos) la defensa de la efectiva protección de las facultades dominicales frente a situaciones posesorias no consentidas, como veremos, y se imponen nuevas obligaciones a los actores procesales tanto en materia de arrendamientos, como en ejecuciones judiciales e incluso en casos de precario y de usurpación, en aras a una mayor protección legal de los ocupantes de las viviendas, aunque éstos carezcan de legítimo título posesorio. Es decir, se traslada, en gran medida, a la esfera privada (los propietarios) la obligación de los poderes públicos recogida en el art.

Esta Ley dice que el derecho de propiedad de la vivienda “incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento”

Las medidas más controvertidas en materia de arrendamientos se refieren a nuevos supuestos de prórroga obligatoria extraordinaria, la limitación de la renta y las nuevas exigencias procesales en caso de desahucio

47 de nuestra Carta Magna de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Protección y transparencia en compra y arrendamiento de viviendas

El art. 30 del Proyecto aprobado refrenda, quizá sin necesidad, los derechos reconocidos a potenciales adquirentes o arrendatarios por la legislación protectora de consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre y en la legislación autonómica aplicable) y explicita el derecho de *“recibir información, incluida la suministrada por medios publicitarios, en formato accesible para personas con discapacidad o dificultades de comprensión, que sea completa, objetiva, veraz clara, comprensible y accesible, sobre las características de las viviendas, sus servicios e instalaciones y las condiciones jurídicas y económicas de su adquisición, arrendamiento, cesión o uso.”*

No debe olvidar la nueva ley que, entre los obligados a facilitar esta información, están *“personas propietarias”* que no tienen condición de empresarios pero que quedan sujetos a esta obligación de información a los interesados, lo que en ocasiones puede ser materialmente complejo (p.ej. para personas con discapacidad o dificultades de comprensión interesados en alquilar una vivienda a un particular, ¿qué debemos entender por formato accesible?). Ciertamente la gran mayoría de los contratos en materia de vivienda se realizan entre particulares, tanto de compraventa de viviendas de segunda mano, como de arrendamiento. El incumplimiento de estas obligaciones de publicidad, que a continuación veremos detalladas, se deberá circunscribir, en la contratación no profesional ni empresarial, a las reglas generales, por tanto, de la compraventa civil (legislación común o foral, en su caso).

En efecto, se introducen por el Proyecto en su art. 31 que la obligación de facilitar por el propietario (sea particu-



lar, sea empresa) un conjunto de requisitos de información a cualquier persona interesada en la compra o arrendamiento de una vivienda, **antes de la formalización del contrato o de la entrega de cualquier cantidad a cuenta, en formato accesible y en soporte duradero**, sobre las condiciones de la operación y de las características de la vivienda, tales como la identificación del vendedor o arrendador y, en su caso, de la persona que intervenga en la intermediación, el precio total y conceptos que incluye, condiciones de financiación o pago, características esenciales de la vivienda y del edificio (habitabilidad, superficie útil y construida, antigüedad y principales reformas, servicios e instalaciones individuales y comunes, certificado de eficiencia energética, accesibilidad y estado de ocupación o disponibilidad), e información jurídica del inmueble (identificación registral, cargas, gravámenes o afecciones y la cuota de participación).

También deberá manifestarse si se trata de vivienda protegida y su régimen legal de protección, si cuenta con protección arquitectónica y cualquier otra información que pueda ser relevante (como la detección de amianto o si se trata de una zona de mercado residencial tensionado).

Cambios en los contratos de arrendamientos urbanos

El Proyecto contempla otras novedades que es imposible abordar con cierto rigor en este espacio, pero que darán lugar, sin duda, a mucho debate, como son el tratamiento del parque público de viviendas (art. 27) y ss.), la identificación de viviendas o inmuebles de uso residencial vacíos (art. 34), los administradores de fincas (disp. adic. sexta) o los denominados fondos de vivienda asequible (art. 25)

No obstante, debemos detenernos en el tratamiento de los contratos de arrendamiento por la relevancia y debate que ha suscitado este tema. En su régimen transitorio seguirán rigiéndose, si se celebraron antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, (disp. transit. cuarta) por el régimen legal anterior, si bien las partes podrán adaptarse al nuevo marco de la Ley de Vivienda si así lo acuerdan y no resulta contrario a las previsiones legales.

Pero las medidas más controvertidas en materia de arrendamientos se refieren a nuevos supuestos de prórroga obligatoria extraordinaria, la limitación de la renta y las nuevas exigencias procesales en caso de desahucio.

Así se modifica el art. 10.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arren-

damientos Urbanos, de modo que, a petición del arrendatario que se encuentre en situación justificada de vulnerabilidad social y económica el contrato quedará prorrogado por un periodo máximo de 1 año más debiendo ser aceptada obligatoriamente esta prórroga por el arrendador que sea un Gran Tenedor, a la finalización de la prórroga obligatoria o de la tácita aplicable. También se prorrogará anualmente hasta un máximo de 3 años si la vivienda está en una zona de mercado residencial tensionado cuando finalice el periodo de prórroga obligatoria o tácita. Se excluye el caso del arrendador persona física si acredita la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o familiares en primer grado o cónyuge en caso de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

En cuanto a la **limitación del importe de la renta** (que deberá siempre pagarse por medios electrónicos y sólo excepcionalmente en la propia vivienda en metálico), **si la vivienda está en una zona de mercado residencial tensionado** no podrá exceder de la última renta de contrato de arrendamiento vigente en los últimos 5 años en la misma vivienda, una vez actualizada, y sin que se puedan repercutirse al arrendatario cuotas o gastos que no estuviesen recogidos en el contrato anterior.

Se exceptúa de esa limitación y podrá incrementarse la renta en un máximo del 10%, siempre que el contrato hubiera estado vigente 5 años en la misma vivienda, si en los 2 años anteriores al nuevo contrato hubieran finalizado bien la rehabilitación a que se refiere el art. 41 Reglamento IRPF; bien la rehabilitación o mejora de la vivienda con acreditado



ahorro de energía primaria no renovable del 30%; bien actuaciones de mejora de la accesibilidad. También podría incrementarse cuando el contrato de arrendamiento sea de 10 años o más o se establezca un derecho de prórroga potestativa para el arrendatario que le permita prorrogar el contrato por ese plazo.

Para un Gran Tenedor la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia (pendiente de aprobar y que deberá definir el Instituto Nacional de Estadística antes del 31 de diciembre de 2024) y esta misma limitación se aplicará a viviendas en una zona de mercado residencial tensionado en las que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento en los últimos 5 años previa resolución del Ministerio.

Por último, la Disposición final sexta extiende la **limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de arrendamientos de vivienda** del art. 46 del Real Decreto-ley 6/2022, al ampliarla temporalmente al fijar una limitación al **3 % en la actualización anual** de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024.

Nuevas exigencias procesales aplicables a propietarios

En cuanto a las modificaciones procesales en materia de vivienda, sólo cabe ocuparse aquí de algunas novedades relativas a los procedimientos de desahucio y de reclamación de rentas por impago en arrendamientos, sin que podamos entrar en el caso de las ejecuciones hipotecarias o de otra índole en las que el adjudicatario o rematante solicita el lanzamiento de los ocupantes para adquirir la posesión del inmueble adjudicado (lo que dará pie a una reflexión más sosegada cuando entre en vigor la Ley).

De modo general, **se suprime el consentimiento de los interesados**, en el art. 150.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en caso de que una notificación judicial “contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, por si procediera su actuación.”

En el ámbito del **juicio verbal**, se modifica el art. 439 LEC al añadir dos nuevos apartados, el 6º y el 7º, que limitan el art. 250 sobre el juicio verbal, al establecerse que: “6. En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique: a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante. b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda (...) y deberá adjun-

Para un Gran Tenedor la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia y esta misma limitación se aplicará a viviendas en una zona de mercado residencial tensionado en las que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento en los últimos 5 años

tar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre de la parte actora. c) En el caso de que la parte demandante tenga la condición de gran tenedor, si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica.”

A todas luces, destaca la inversión de la carga de la prueba al corresponder al propietario justificar si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante en la interposición de demandas que se presenten por el adecuado cauce del juicio verbal si la pretensión consiste en recuperar la posesión de una finca en el ámbito del art. 250.1 en sus números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º, como en el caso de:

- la reclamación por impago de rentas o cantidades debidas por un arrendatario.
- la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer.
- pretendan la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una cosa por quien haya sido despojado de ella o perturbado en su disfrute y, específicamente, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento.
- las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

En estos mismos casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, en el caso de que la parte actora tenga la condición de Gran Tenedora si el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre

en situación de vulnerabilidad económica, no se admitirán las demandas en las que no se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base a las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda.

Destaca la inversión de la carga de la prueba al corresponder al propietario justificar si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante en la interposición de demandas que se presenten por el adecuado cauce del juicio verbal si la pretensión consiste en recuperar la posesión de una finca

La justificación de que la parte actora, Gran Tenedora, se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación podrá acreditarse mediante alguna de las siguientes formas:

“1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de 5 meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de 2 meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a 3 meses.” ●

ABSTRACT

The new Law for the Right to Housing has raised technical and legal disagreements on the effective protection of the right to property, the mechanisms for the recovery of possession by landlords, the new procedural requirements to prove the housing is the occupant's habitual residence, etc., which suggests oral proceedings for the recovery of possession of homes in eviction proceedings will be slower, without prejudice to evictions in mortgage and foreclosure proceedings. The Law provides for the intervention of government bodies in cases of vulnerability by means of conciliation and intermediation procedures of unknown duration and effectiveness. The owners are responsible for fulfilling the obligation set out in article 47 of the Spanish Constitution, according to which the public authorities must promote the necessary conditions and establish appropriate standards to make effective the right to enjoy decent and adequate housing, without this in practice ruling out litigation, which will nevertheless be more costly and time-consuming for the owners of housing.

Keywords

Decent and adequate housing, Access to housing, Stressed residential area, Large property owner, Homelessness, Landlord's obligations, Rental, Ceiling on rents, Forced extension, Eviction, Habitual residence.

LEY DE VIVIENDA: EL ESTADO RENUNCIA A CUMPLIR CON EL ART. 47 DE LA CONSTITUCIÓN



Sergio Nasarre Aznar

Catedrático de Derecho civil.
Fundador de la Cátedra
UNESCO de vivienda.
Universidad Rovira i Virgili
sergio.nasarre@urv.cat

El texto de lo que previsiblemente será la Ley de vivienda estatal contiene numerosas medidas que van a dificultar y encarecer aún más el acceso a la vivienda de los ciudadanos, a pesar de que su Exposición de Motivos diga lo contrario. La previsible norma no se compromete a nada en términos de financiación, dificulta el acceso a la vivienda de los que no la tienen, ampara la situación de los que la tienen de manera ilegal y precaria (okupas) y le quita la propiedad a los que ya la tienen, expropiándosela. El proyecto de ley prevé todo lo contrario de lo que sería necesario para conseguir lo que se propone.

Pueden comprender que para un investigador en materia hipotecaria y de vivienda desde hace veinticinco años, esta situación no puede más que causar aflicción y desesperanza. Lo primero porque evidencia una vez más que un derecho humano como es la vivienda está en manos de políticos pendientes del twitter y de los poderes oclocráticos y demás lobbies. Lo segundo, porque pone de relieve que España es incapaz, tras 45 años de democracia, de

hacer nada mejor que esto en materia de vivienda, lo que traerá nefastas consecuencias para los de siempre: los que menos tienen y pueden. Y, lo peor, que cuando vean lo que ha causado, lo achacarán a que la ley era demasiado blanda y que deberían haber apretado más las tuercas; y lo harán.

Veamos algunos aspectos que nos llevan a estas apreciaciones.

Expropiación de la vivienda a los que ya tienen una

Los arts. 10 y 11 del Proyecto de Ley restringen el “contenido del derecho de la propiedad privada” de acuerdo con la legislación del suelo y urbanística y su función social. Dichos preceptos son de naturaleza civil por la competencia usada por el Estado para aprobarlos (DF 6ª, art. 149.1.8 CE) y no meramente administrativa (como sería la de -política de- vivienda del art. 148.1.3 CE), como venía sucediendo desde 2015 con medidas autonómicas parecidas a las que prevé este Proyecto (ej. sanciones a viviendas vacías, es decir, al derecho de los propietarios a no usarlas) y que por este motivo habían sido “salvadas” por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones (SSTC 16/2018, 32/2018 y 106/2018).

Darle un voto no es darle un poder real, pero sí dejándole tener una familia y casa propia

G.K. Chesterton, Queries on fascism, GK Weekly, 12-7-1934

Pero esta vez es diferente. Los mencionados artículos contienen materia civil y, con ello, tutelan y restringen el “uso, disfrute y disposición” de la vivienda (art. 10.1a)) conforme a su “legislación”; como su propio art. 7 (ver también el 1.2), donde atendiendo, esta vez, a la supuesta “función social” de la misma, se establece un “estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda”; o conforme al art. 11.1 a) que solo admite el “uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda [...] garantizando en todo caso la función social de la propiedad”.

De manera que igual tener cuatro habitaciones y ser solo dos empadronados en un piso no es un “uso propio y efectivo” de la vivienda ni cumple con su función social, cuando hay miles de personas esperando a vivienda social en localidad. Lo mismo si se usa para poner una academia de inglés, o se utiliza una segunda residencia solo un mes al año, o si no se está alquilando a determinadas personas (ej. las de menos recursos o con determinadas características) o se da en herencia al hijo que ya tiene una vivienda en lugar de que el Estado determine su destino según sus propios criterios.

Es decir, la propiedad de la vivienda sale del Código civil (art. 348 en rela-



ción al 334 CC) y se convierte en objeto de una tenencia tutelada y perfilada por el Estado, sujeta a su arbitrio en cada caso y a su sanción en caso de que no hagamos lo que el Estado quiere (art. 10.2), como las minas, el suelo urbano o las aguas. El resto de medidas intrusivas en los derechos dominicales y relaciones jurídico-privadas previstas en el texto dependen de estos artículos 10 y 11 de manera que, de no declararse inconstitucionales, dichas medidas quedarán salvadas, porque deberán eva-

La previsible norma no se compromete a nada en términos de financiación, dificulta el acceso a la vivienda de los que no la tienen, ampara la situación de los que la tienen de manera ilegal y precaria (okupas) y le quita la propiedad a los que ya la tienen, expropiándose la

luarse no conforme a la doctrina del núcleo duro o mínimo que haga reconocible de la propiedad privada (ver la STC 89/1994; puesto que las viviendas en España ya no serán de nuestra propiedad), sino conforme a la configuración que de esta nueva forma de tenencia tutelada por el Estado quiera establecer en cada momento el legislador de turno, sin corsés.

En fin, simplemente recordar que todo ello implica también una intromisión en las relaciones contractuales, de las cuales ya nos alertó el Tribunal Constitucional (el de antes, no el de ahora), en relación al control de renta catalán de los arrendamientos urbanos (la inconstitucional Ley 11/2020) señalando que dicho control afecta al fundamento mismo del contrato, esto es “el principio general de libertad que se deduce del art. 10 CE, al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, y del art. 1.1 CE, que encuentra necesariamente su reflejo en el ámbito económico” (art. 10 CE; STC 132/2019 y STC 37/2022). ➡

RESUMEN

El artículo recorre los aspectos clave que presenta el Proyecto de Ley de vivienda, entre los que se encuentran la expropiación de las viviendas y demás intrusiones en las relaciones jurídico-privadas, la deficiente conceptualización, el control de renta, los profesionales inmobiliarios, la okupación y su contextualización para nuestros objetivos como país en cuanto a vivienda, ciudad y territorio para el 2050. Lamentablemente, las medidas previstas que acaben siendo constitucionales, difícilmente podrán contribuir a mejorar el acceso a la vivienda.

Palabras clave

Vivienda asequible, Expropiación, Okupación, Control de renta, Tributación.

LA OPINIÓN LEY DE LA VIVIENDA

Propiedad, libertad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad individuales están, pues, están en juego en este Proyecto de ley.

Problemas conceptuales

La versión actual del Proyecto de ley ha mejorado ligeramente algunos conceptos (art. 3), como el de “sinhogarismo”, en relación con la primera versión del mismo. No obstante, no ha alterado dos que son fundamentales para poder elaborar una política de vivienda en condiciones: el propio concepto de “vivienda” y el de “vivienda social”.

En el primero obvia el “factor X”, es decir, la vinculación moral de los habitantes con el inmueble, centrándose únicamente en criterios puramente arquitectónicos; el de “vivienda digna y adecuada” tampoco recoge todos los requisitos que marca Naciones Unidas en los Comentarios Generales del Comité DESC núms. 4 (1991) y 7 (1997), que incluyen la seguridad en la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, localización y adecuación cultural. De momento, el art. 2.1 LAU y las sentencias judiciales que lo han utilizado, no exigen la inmensa mayoría de todo esto para que un arrendamiento sea válido; de entrar en vigor la Ley de vivienda, una parte importante de los arrendamientos urbanos actuales dejarían de ser legales por vicio en el objeto (ver el art. 6.2 d) del Proyecto). Además, hay CCAA que ya tienen sus propios conceptos de vivienda, los cuales prevalecerán sobre el estatal según reza el Proyecto, de manera que una vivienda seguirá siendo una cosa distinta en cada región.

Aún más grave es que el legislador español haya ignorado el estándar europeo para identificar “vivienda social”, como es que se ofrezca a precio menor que el de mercado y a unas determinadas personas por sus capacidades económicas. A cambio da otra definición basada en tenencias temporales (¿deja fuera a las 6,8 millones de viviendas públicas en propiedad construidas desde la década de los años 50 del siglo



XX hasta 2011?), combinada con otros conceptos como el de “protegida de precio limitado” o “asequible incentivada”, complicándolo todo. De manera que seguiremos sin saber cuánta vivienda social hay en España (a pesar de la insistencia de muchos en el famoso 2% y de la poca que tenemos en relación a otros países de la UE, mantras usuales en nuestro ámbito), empezando porque no tenemos un concepto equivalente a otros países europeos, y siguiendo porque no existe un censo completo de la misma, ni de cómo es, ni de dónde está, ni cómo ni quién la gestiona, ni cuantas décadas llevan allí algunas personas sin revisión alguna de su situación de necesidad, o su nivel de morosidad, etc.

Mal seguirá la política de vivienda si ni siquiera tenemos ni los conceptos básicos ni los números claros.

El propio concepto de 'vivienda' y el de 'vivienda social' son fundamentales para poder elaborar una política de vivienda en condiciones

Confusión de obligaciones puramente civiles o administrativas con la función social de la propiedad

El Proyecto de Ley, pretendiendo más de lo que realmente ofrece, confunde obligaciones puramente civiles seculares, obligaciones puramente administrativas o derechos fundamentales ya asentados, con una pretendida “función social de la vivienda” (art. 7) que carece de apoyo constitucional (y si es de la propiedad, como dice el art. 11, tampoco tiene nada que ver con esas obligaciones). Algo así como la inane reciente reforma del Código civil de Cataluña (Ley 1/2023), que se inició pretendiendo que las comunidades de propietarios vieses reforzada su acción contra los okupas y ha acabado permitiendo a los alcaldes expropiar (“adquirir temporalmente” el uso) viviendas okupadas (bajo una pretendida “función social de la propiedad”).

En cuanto a las civiles, las hallamos en obligaciones meramente derivadas de las relaciones de vecindad (art. 9 a Proyecto), de la nueva condición de “propietario tutelado” (letras b a e de dicho art. 9 Proyecto, la letra c del art. 10.1 o el art. 11.1; como ven, para las obligaciones, seguiremos siendo propietarios civiles) o inmiscuyéndose ya en las relaciones contractuales, comen-



Mal seguirá la política de vivienda si ni siquiera tenemos ni los conceptos básicos ni los números claros

B) El recargo tributario a las viviendas vacías

Medida esencialmente recaudatoria y con escaso impacto en mejorar el acceso a la vivienda, como ya informó el Instituto Ivàlua en 2014 al Gobierno catalán cuando este se lo preguntó. Pero, ignorándolo, dicho Gobierno introdujo finalmente un recargo tributario a las viviendas vacías en la Ley 14/2015. Se desconoce evaluación ex post alguna de esta medida y su impacto real en la mayor asequibilidad de la vivienda en dicha CA (los datos agregados indican más bien lo contrario) y, a pesar de ello, el legislador Estatal introduce una medida similar (DF 3ª). La experiencia francesa al respecto también es controvertida, como también hemos explicado en otro lugar.

C) El rol de los intermediarios inmobiliarios

A diferencia de lo que parece prever para los administradores de fincas (DA 6ª), para los agentes inmobiliarios se consagra su liberalización (establecida desde 2000), lo que es un grave error, pues no garantiza ni su supervisión, ni suficiente formación ni colegiación obligatoria (art. 30.4 Proyecto). Todo al revés de lo que preconiza la más moderna doctrina. Ver, en este sentido, a G. Caballé, la cual prevé además una provisión de información más completa y detallada de lo que prevé el Proyecto (art. 31; por cierto, ¿a quién se le puede requerir toda esa información?) no solo a los consumidores -que son los que contratan a los agentes, sino también a los demás necesitados de vivienda -que usualmente son los que más lo necesitan.

zando ya a perfilar las limitaciones contractuales que entrañará la “nueva tenencia estatal de toda vivienda”. Como ejemplo, la aplicación del derecho de igualdad en el art. 6 del Proyecto, en concreto la indirecta, que se refiere, con una redacción pésima, a “cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio o una practica, aparentemente neutros, producen una desventaja particular para una persona o grupo de personas respecto de otras en el ejercicio del derecho a la vivienda”. ¿Querrá decir eso que a un inquilino que no se le deje fumar o tener consigo a su ser sintiente -esto abre otro debate- y a otro sí, se le está discriminando? ¿O si el casero decide desahuciar a uno por impago o mal comportamiento y a otro no, lo está discriminando también? ¿O si alquila solo a personas con ciertos ingresos o los de determinada altura o aspecto, está discriminado al resto? Alerta con la “igualdad real” de T. Piketty, que se va extendiendo, tan inspiradora de todo esto.

Las obligaciones administrativas, derivadas del apelativo “social” que tiene nuestro Estado en el art. 1 CE y no de la función social del dominio, se refieren a actuaciones que ya lleva a

cabo nuestra Administración pública (con limitado éxito, cabe decir) durante décadas, como los recogidos en las letras b), c) y d) del art. 8 o en el art. 10.1 b) o 10.2 Proyecto o a partir del art. 12. No sé si volviéndolo a poner en otra ley les irá mejor; quizás podrían intentar dotarlo suficientemente y exigir eficiencia en la actuación pública.

Medidas contraproducentes en el acceso y tenencias de la vivienda

A) El control de renta duro

No es necesario insistir -lo he escrito en alguna otra ocasión- en el fracaso que en todo momento y todo lugar ha tenido la introducción de un control de renta duro, incluyendo el último experimento inconstitucional catalán el tiempo que estuvo en vigor, la Ley 11/2020. Nos espera (DF 1.2 Proyecto) una contracción y precarización de la oferta de vivienda en alquiler, aumento de las rentas, aumento de las compra-ventas, mercado negro y expulsión de los que menos tienen; ahora ya no solo del mercado de la vivienda en propiedad como ha sucedido estos últimos 15 años (Leyes 1/2013 y 5/2019), sino también del de alquiler.



D) El laberinto burocrático para retrasar el desalojo de okupas

No hay más evidencia de la equivocación que supone esta Ley que el hecho de que el Estado ampare la okupación como una solución habitacional, cuando es una situación de *sinhogarismo*, según los estándares internacionales (Tabla ETHOS de FEANTSA). Ya comenzó con el RDL 1/2021 que, como medida tardocovid19, impidió ciertos desahucios de okupas y con la ley catalana 11/2019, reforzada en la Ley 1/2022 (recurrida de inconstitucionalidad). No acertamos a comprender por qué deciden amparar/bendecir la precarización de los que menos tienen.

El Estado y alguna CA parecen estar lanzando el mensaje: nuestra política de vivienda es un desastre; no sabemos lo que hacer (tampoco preguntan, todo sea dicho); y, mientras hallamos la “solución” mágica (que no existe), debéis alajar obligatoriamente en “vuestras” casas (donde “vuestras” es la nueva forma de tenencia estatal) a quienes se metan por la fuerza en ellas para paliar la situación que hemos creado. Y para ello vamos a ponerlos difícil desalojarlos, creando un laberinto burocrático-judicial en forma

de certificados y documentos a obtener con el consentimiento del okupa, que tardarán meses y que quedarán a criterio de los funcionarios o políticos de turno (art. 24, DT 3, DF 5 Proyecto). Es decir, el Estado decide quién se quedará en nuestras casas. Ya casi da igual la distinción entre “gran tenedor” (5 viviendas) o no.

Incumplimiento de los objetivos del “España 2050”

Aunque resulta aún más paradójico que este Proyecto de Ley no ponga las herramientas para dar el primer paso para poder llegar en 30 años en las condiciones que la propia Presidencia del Gobierno había fijado hace dos años en el ejercicio de prospectiva “España 2050”.

No acertamos a ver en el texto los instrumentos que consigan una vivienda más asequible (asunto de alta complejidad y multinivel), que diversifiquen las formas de tenencia, que promuevan efectivamente la rehabilitación, que impulsen con decisión la cohesión territorial, que aumenten la oferta de vivienda en alquiler o que promuevan la máxima información a los necesitados de vivienda.

Conclusión

En fin. A todas luces las medidas del Proyecto de ley que no resulten inconstitucionales, resultarán contraproducentes para facilitar el acceso a la vivienda. El Estado renuncia a proveer él vivienda digna y adecuada, como le obliga el art. 47 CE, o a establecer las condiciones para ir mejorando la asequibilidad de la vivienda, y la traslada por la fuerza a los propietarios.

El Proyecto se olvida, a propósito, de lo que la STC 37/2022 advierte: que

si bien “*por una parte, la vivienda [...] constituye [...] el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*”, también “*constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado –el mercado inmobiliario–, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado*”. Esta doble dimensión que es, en esencia, la causa de la complejidad de una regulación adecuada de la vivienda, debe conciliarse necesariamente (una no puede simplemente obviar o anular a la otra) para conseguir una política de vivienda eficaz, como hemos defendido en diversas publicaciones.

Conceptos deficientes, amparar la okupación, expropiarnos los pisos, controlar las rentas, subir los impuestos, sancionar o añadir coletillas de “y rural” o “sin menoscabo de las competencias autonómicas” aquí y allá *in extremis* no es hacer política de vivienda con base científica, coherente y estructural. No nos irá bien. ●

ABSTRACT

The article covers the key aspects presented by the Housing Bill, among which are the expropriation of homes and other intrusions into private relationships, deficient conceptualization, rent control, real estate professionals, squatting and its contextualization for our objectives as a country in terms of housing, city and territory for 2050. Unfortunately, the planned measures that end up being constitutional will hardly contribute to improving access to housing.

Keywords

Affordable housing, Expropriation, Squatting, Rent control, Taxation.

Bibliografía

• *Los años de la crisis de la vivienda*, Tirant lo Blanc, 2020.

• “Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la

ciencia de datos en política de vivienda”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 789, enero-febrero 2022, pp. 183 a 223 (junto a RM. García Teruel).

• “El proyecto de ley de vivienda 2022”, *Apuntes FEDEA 2022/11*, abril 2022. Disponible en: <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap202-11.pdf>

Negociamos los mejores precios para
las notarías de toda España.
Sin comisiones. Atención personalizada.

www.centraldecompras-apn.es



Obtenga interesantes precios en la compra de material de oficina, consumibles y equipos (ordenadores, impresoras, máquinas de escribir, escáneres de DNI, controladores de presencia, etc.), y en la contratación de servicios como la destrucción confidencial de documentos o la prevención de riesgos laborales.



FEDANE

Federación de Asociaciones de Notarios de España

Consúltenos



91 213 00 61



centraldecompras@madrid.notariado.org

RETOS EN LA INTERSECCIÓN DE LA CIENCIA, TECNOLOGÍA Y DERECHO



Los expertos **Harry R. De Los Ríos**, **Kendrick Cetina**, **Boris Villazón-Terrazas** y el notario **Rafael Contreras Bernier** exploran los desafíos que plantea el estado actual de la ciencia y la tecnología en el ámbito legal. Desde la transformación de prácticas tradicionales del Derecho mediante la Inteligencia Artificial y el Procesamiento del Lenguaje Natural, hasta las implicaciones de la gestación subrogada en la filiación y sucesión, se hace evidente la necesidad de abordar estos retos para establecer estándares de calidad y encontrar soluciones justas que concilien los diversos intereses involucrados. Asimismo, en la sección Academia Matritense del Notariado se recoge la conferencia de Manuel González-Meneses sobre algunos de estos temas.

APLICACIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL CAMPO DE LA SEMÁNTICA Y PROCESAMIENTO DE TEXTOS

Harry R. De Los Ríos
Kendrick Cetina
Boris Villazón-Terrazas

Equipo de Language Intelligence - Centro de Excelencia en Inteligencia Artificial EY Wavespace

De 1950 a la revolución de ChatGPT

El Procesamiento del Lenguaje Natural (PLN) ha experimentado un gran avance, desde sus inicios en los años cincuenta, con el análisis gramatical y la traducción automática, hasta el estado actual con la tecnología GPT-4, pasando por ChatGPT. Durante las últimas décadas, el PLN ha evolucionado desde modelos basados en reglas y corpus de texto etiquetado, hacia modelos estadísticos y de aprendizaje automático, lo que ha permitido procesar grandes cantidades de datos y avanzar en campos

como el análisis sintáctico y semántico, la generación de texto y la traducción automática.

La llegada de la tecnología GPT-4 en 2023 ha supuesto un gran hito en el campo del PLN, ya que permite crear modelos de lenguaje capaces de generar texto coherente y humano con gran fluidez y precisión. Esto ha abierto nuevas posibilidades en campos como la generación de texto, el diálogo y la traducción automática, y ha generado un gran interés y entusiasmo en la comunidad científica y en la industria.

LA OPINIÓN RETOS EN LA INTERSECCIÓN DE LA CIENCIA, TECNOLOGÍA Y DERECHO

En resumen, el PLN ha evolucionado significativamente desde sus inicios, y la tecnología GPT-4 ha supuesto un gran avance en el campo de la Inteligencia Artificial, abriendo nuevas posibilidades y aplicaciones en áreas como la generación de texto, el diálogo y la traducción automática.

Inteligencia Artificial y procesamiento de textos en el ámbito legal

El Derecho y la práctica legal tienen una tradición mayoritariamente escrita, pues la materialización de obligaciones y derechos de personas mediante un soporte escrito permite un mejor seguimiento del ejercicio de éstos. Así surgió la necesidad de herramientas y procesos que optimicen y aseguren estas tareas y transacciones, cada vez más numerosas y complejas, entre administraciones, profesionales del Derecho y sujetos de derechos (empresas o personas). Esto lo hemos podido ver en los inicios de nuevas *start-ups*, conocidas como *Legal Tech*, que vieron una oportunidad de agilizar tareas legales repetitivas minimizando los riesgos asociados al tratamiento manual de éstas.

Actualmente, siguiendo este impulso, el mundo legal se sigue abriendo a los hitos de la Inteligencia Artificial donde el panorama de posibilidades se ve extenso y sus aplicaciones muy versátiles. En efecto, la medida y la forma en la cual la Inteligencia Artificial y el *Machine Learning* pueden automatizar y transformar procesos y prácticas legales ya existentes dependerá de su complejidad y cuán sujeta a interpretación jurídica sean dichas prácticas.

Las prácticas del Derecho menos sujetas a interpretación suelen ser más estandarizables y por tanto más fácilmente automatizables mediante el uso de herramientas de Procesamiento de Lenguaje Natural. Estas tecnologías ya permiten extraer la información de textos, escritos a mano o digitales, reconocer las distintas secciones del documento, detectar nombres, teléfonos, cuentas bancarias y todo tipo de información. Estos conjuntos de tareas ya se están usando en el sector privado para, por ejemplo, editar



contratos o validar facturas escaneadas para el reembolso de gastos profesionales. También en el sector público, donde el caso más concreto es el del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (CORPME) que está utilizando herramientas de extracción y procesamiento de texto para alimentar su base de datos. La aplicación de estas técnicas en el sector público tiene además el valor añadido de liberar de tareas rutinarias a los funcionarios públicos agilizando los procesos y optimizando los recursos materiales y humanos.

Por otra parte, las prácticas del derecho sujetas a mucha interpretación requieren de herramientas más complejas, dotadas de un conocimiento específico y capaces de entender un contexto o cambios de jurisprudencia. En este sentido y a la vanguardia de la Inteligencia Artificial legal, podemos encontrar casos concretos como el de la *start-up* francesa *Doctrine*, cuya última funcionalidad permite a los abogados analizar el argumentario de la parte contraria en busca de potenciales contradicciones con la jurisprudencia actual.

Dentro del abanico de herramientas que la Inteligencia Artificial y el *Machine Learning* ofrecen en el ámbito del lenguaje natural, GPT aparece como una de las herramientas más sofisticadas hasta la fecha, dotada de un dominio del lenguaje humano como nunca se ha visto antes.

ChatGPT (basado en GPT) es una plataforma de inteligencia artificial que

La tecnología GPT-4 ha supuesto un gran avance en el campo de la Inteligencia Artificial, abriendo nuevas posibilidades y aplicaciones en áreas como la generación de texto, el diálogo y la traducción automática

RESUMEN

Las herramientas de Inteligencia Artificial y el Procesamiento del Lenguaje Natural han evolucionado significativamente desde sus inicios en los años cincuenta. En el ámbito legal ya están transformando las prácticas más tradicionales del Derecho y disruptiendo las más complejas. Sin embargo, existen límites y desafíos a considerar, como la necesidad de establecer estándares de calidad para supervisar el desarrollo y buen uso de estas herramientas.

Palabras clave

IA, PLN, LegalTech, GPT.

Las prácticas del Derecho menos sujetas a interpretación suelen ser más estandarizables y por tanto más fácilmente automatizables mediante el uso de herramientas de Procesamiento de Lenguaje Natural

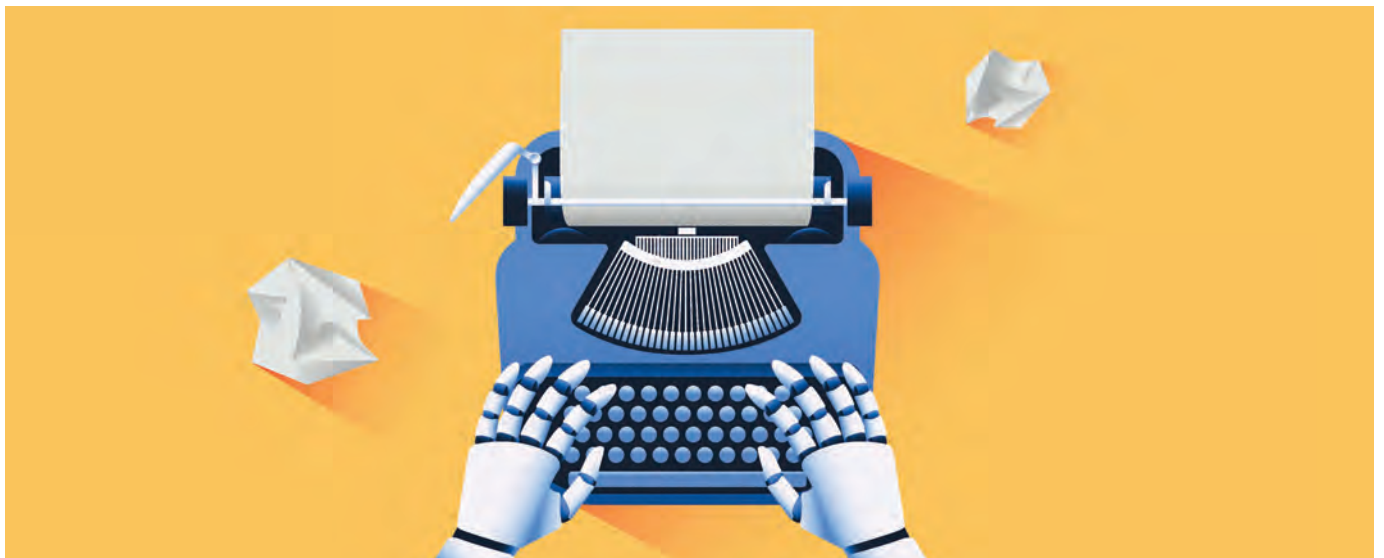
utiliza tecnología de procesamiento de lenguaje natural para generar respuestas humanas en tiempo real a preguntas realizadas por sus usuarios. Esta plataforma es prometedora para notarios porque puede ayudarles a automatizar y simplificar muchas tareas administrativas, como responder a preguntas frecuentes de los clientes, programar citas y enviar documentos.¹

GPT es un ejemplo impresionante de cómo la Inteligencia Artificial puede ser entrenada en grandes cantidades de datos para aprender a entender y producir lenguaje natural. En términos generales, los modelos de lenguaje son sistemas que se entrenan con grandes cantidades de texto para aprender a entender y producir lenguaje natural de manera similar a como lo hacen los humanos. GPT está abriendo nuevas posibilidades en campos tan diversos como la traducción automática, la escritura de ficción y la toma de decisiones legales. Algunos ejemplos de aplicaciones en las que GPT podría ser útil en el ámbito legal son: la búsqueda de documentos legales, donde GPT podría ser utilizado por abogados para encontrar, en un conjunto de documentos, cláusulas de contratos que están relacionadas con la protección de los datos personales u otros temas legales.

También, GPT podría proporcionar asesoramiento jurídico automatizado a través de chatbots o aplicaciones de asesoramiento. Incluso en análisis de sentencias, autos y dictámenes, GPT podría ser entrenado en decisiones judiciales relacionadas con la discriminación laboral y utilizarse para identificar los factores que influyen en la decisión judicial final. Probablemente el ejemplo más adecuado para una tecnología como GPT sería la redacción de documentos legales como contratos y acuerdos de confidencialidad.

Oportunidades, límites y futuro de la Inteligencia Artificial

Es evidente que la Inteligencia Artificial y las herramientas de procesamiento de textos han transformado ya muchas prácticas privadas del Derecho, agilizando tareas tradicionales y disrumpiendo otras más complejas. Sin embargo, la administración e instituciones del Estado no han seguido este mismo impulso. Limitadas por su propia naturaleza, dejan aún un gran espacio de conquista que se alcanzará con la democratización, normalización y acercamiento de la Inteligencia Artificial y sus herramientas más avanzadas al público general. Es precisamente esto último lo que está



¹ Este párrafo ha sido la respuesta de ChatGPT a la instrucción: "Describe a un público de notarios, qué es ChatGPT y en qué es prometedora para su actividad."

La puesta en marcha de organizaciones internacionales, gobiernos, actores privados y públicos, para establecer estándares de calidad en el desarrollo y aplicación de herramientas de Inteligencia Artificial es medida indispensable para la adopción y adaptación de estas entre los sujetos de derechos y profesionales del Derecho

consiguiendo la empresa OpenAI con su herramienta más avanzada, GPT.

GPT presenta la oportunidad de automatizar tareas legales y aumentar la eficiencia de los profesionales del Derecho, proporcionando acceso a información precisa en poco tiempo y aspirando a mejorar la calidad de su trabajo. Sin embargo, también presenta límites y desafíos a considerar. GPT es dependiente de los datos con los que fue entrenado, y es susceptible de heredar sesgos que desfasen el Derecho con respecto a la evolución de la ética, cultura y costumbre de nuestra sociedad. En otros términos, la calidad de los datos de entrenamiento utilizados para los modelos GPT es crucial para su precisión y fiabilidad ya que los resultados de la toma errónea y automatizada de decisiones puede afectar severamente a los sujetos de Derecho. Es importante resaltar que todos estos límites no son exclusivos de GPT si no que son inherentes a las herramientas de Inteligencia Artificial más avanzadas.

Para minimizar los riesgos del uso de los modelos de lenguaje más desarro-

llados y herramientas de Inteligencia Artificial en general, se están haciendo grandes esfuerzos tanto desde instituciones internacionales como del sector privado. Casos destacados son el Observatorio de Políticas de Inteligencia Artificial de la OCDE que busca ayudar a los países a fomentar y supervisar el desarrollo responsable de sistemas de Inteligencia Artificial fiables.

La puesta en marcha de organizaciones internacionales, gobiernos, actores privados y públicos, para establecer estándares de calidad en el desarrollo y aplicación de herramientas de Inteligencia Artificial es medida indispensable para la adopción y adaptación de estas entre los sujetos de derechos y profesionales del Derecho. Estos últimos no deben minimizar el papel clave que tendrán a la hora de supervisar el buen uso de estas herramientas, las cuales siempre requerirán del juicio de un experto en su ámbito de aplicación.

Este artículo no habría sido posible sin el soporte de EY Wavespace Madrid y todos sus integrantes. ●



ABSTRACT

Artificial Intelligence and Natural Language Processing tools have evolved significantly since their beginnings in the 1950s. In the legal sphere, they are now transforming the more traditional legal practices, and disrupting the more complex ones. However, there are limits and challenges to be considered, such as the need to establish quality standards in order to monitor the development and proper use of these tools.

Keywords

AI, NLP, LegalTech, GPT.

Referencias

T. BROWN, B. MANN, N. RYDER, M. SUBBIAH, J. KAPLAN, P. DHARIWAL, A. NEELAKANTAN, P. SHYAM, G. SASTRY, A. ASKELL, AND OTHERS. Language models are few-shot learners. *Advances in Neural Information Processing Systems*; 2020.

OpenAI. GPT-4 Technical Report. ArXiv; 2023.

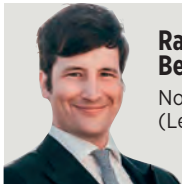
EY para Microsoft. Inteligencia Artificial en el Sector Público. España. *Perspectivas europeas para 2020 y años siguientes*. 2020.

H. GIMPEL, J. KRAMER, D. NEUMANN, J. PFEIFFER, S. SEIFERT, T. TEUBNER, D.J. VEIT, A. WEIDLICH. Market Engineering. *Insights from Two Decades of Research on Markets and Information*. Springer. 2021.

E. SALMERÓN-MANZANO. Legaltech and Lawtech: Global Perspectives, Challenges, and Opportunities. *Laws* 10: 24. 2021

J. FRANKENREITER, J. NYARKO. Natural Language Processing in Legal Tech. *Legal Tech and the Future of Civil Justice* (David Engstrom ed.) Forthcoming. SSRN. 2022

LA CUESTIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA



Rafael Contreras Bernier

Notario de Villablino (León)

Es curioso cómo, a veces, la trascendencia de los acontecimientos depende mucho más de la persona que los protagoniza que del hecho en sí. Esto es algo que los americanos, como nación joven, entienden perfectamente. No en vano, celebran como hito fundamental de la Historia de su Nación que Abraham Lincoln diera una patada a una piedra, hasta el punto de que un pueblo entero es capaz de crecer alrededor de tan sacro lugar, surgiendo a su alrededor tiendas, agencias de viajes e incluso guías turísticos sobre el itinerario que la roca recorrió tras el puntapié del décimosexto presidente de los Estados Unidos.

Todo esto viene a colación porque hace semanas, Ana Obregón manifestó que la niña que aparecía en sus brazos no era su hija, sino su nieta. El hecho en sí, de haber sido cualquier persona anónima, no habría trascendido demasiado. Pero al tratarse de alguien famoso, saltó a la prensa, invadió las redes sociales y llegó hasta el terreno político.

Y es aquí donde debemos tratar lo que al fin y al cabo nos interesa: el aspecto jurídico.

El tratamiento en España

Con carácter preliminar, la llamada gestación subrogada es una práctica prohibida en España, como taxativamente dispone el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, a cuyo tenor, y bajo el título de *Gestación por sustitución*, establece:

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

Este criterio queda reforzado por la ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo de interrupción voluntaria del embarazo, que reproduce la misma prohibición en su artículo 32, añadiendo una adicional en su artículo 33, el cual impide la promoción comercial de estas prácticas, y recoge la gestación subrogada como una forma de violencia sexual contra las mujeres.

Dicha visión es acorde con otros instrumentos, tanto nacionales como internacionales. Entre otros, podemos señalar el artículo 35 de la Convención de los

Derechos del Niño, ratificada por España, que establece la obligatoriedad de medidas para impedir *la trata de los niños para cualquier fin o en cualquier forma*, o la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de Diciembre de 2015, que entiende que tal práctica es *contraria a la dignidad humana de la mujer*. Incluso el Comité de Bioética va más allá, entendiéndolo que no solo es perjudicial para la mujer, sino para el interés superior del menor.

Con carácter preliminar, la llamada gestación subrogada es una práctica prohibida en España, como taxativamente dispone el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

A priori, todo queda claro. Pero la realidad no es tan sencilla. Hay países en los que en cambio sí es una práctica aceptada, regulada e, incluso, aplaudida. ¿Qué ocurre entonces? Sigamos estudiando la cuestión.

Para ello, debemos mencionar la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Dicha norma permite que los españoles puedan adoptar



Es curioso cómo, a veces, la trascendencia de los acontecimientos depende mucho más de la persona que los protagoniza que del hecho en sí

RESUMEN

La gestación subrogada es una cuestión delicada y sensible. El Derecho español ha evolucionado desde la prohibición hasta la limitada admisión, si se ha practicado en un país extranjero, con la adopción como principal instrumento, tratando de conciliar dos de los intereses principales: el de la madre biológica y el superior del menor. Pero hoy en día la tecnología permite a las personas estar concebidas durante mucho más tiempo que los nueve meses establecidos por la Madre Naturaleza. ¿Cuáles son las implicaciones de ello? La filiación puede estar clara, pero la sucesión no. Desde los derechos del no nacido, hasta los de los herederos legítimos, todo tendrá que ser tenido en cuenta para alcanzar soluciones justas. Aquí presentamos algunas preguntas interesantes que podrían plantearse en el futuro si nuestro Ordenamiento intentase admitir esta figura.

Palabras clave

Gestación subrogada, Sucesión, Filiación.

menores extranjeros, siempre que no se vulnere el orden público.

Ante tal disposición, la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública) dictó la instrucción de 5 de octubre de 2010, en virtud de la cual los encargados de los Registros Civiles no podían inscribir los nacidos por el procedimiento de gestación subrogada directamente como hijos por naturaleza de la no gestante, pero sí podían hacerlo como hijos adoptivos de ésta.

Finalmente, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su artículo tercero, acota el supuesto en que tal adopción está permitida, mediante la reforma del artículo 24 de la citada Ley de Adopción Internacional, y es el los supuestos en los que *la adopción no vulnera el orden público*. *A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.* En otras palabras, per-

mitía la inscripción a favor de los padres adoptantes del menor extranjero como hijo adoptivo suyo, siempre que no fuera en virtud de un procedimiento de gestación subrogada, lo que parecía contradecir la Instrucción.

¿Cómo se ha resuelto la situación?

Nuestro Tribunal Supremo, siguiendo también la estela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Dictamen de 10 de Abril de 2019), mediante Sentencias de 6 de Febrero de 2014 y de 31 de Marzo de 2022, establecieron que, al igual que señalaba el Comité de Bioética, debe primar el interés superior del menor, para evitar dejarlo en una situación de indefensión derivada de una aplicación demasiado rigurosa de la normativa. Cabe recordar que este criterio, aunque en otros términos, se desprende también de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de Octubre de 2004 (ASUNTO C-200/02).

Eso sí, tanto en el ámbito Europeo, como en el Español, dicho interés superior no se puede aplicar de manera automática, sino que se debe ponderar con el de la madre gestante, velando que los derechos fundamentales de ambas partes estén suficientemente protegidos



Por tanto, no se puede invocar la mencionada Instrucción como medio para inscribir la filiación adoptiva sin más, sino que habrá que probar que todos los intereses han sido valorados suficientemente.

Algunas perspectivas a tener en cuenta

Una vez conocemos el aspecto formal, cabe ahora preguntarse acerca del material. Ya hemos visto cómo nuestro Ordenamiento configura la filiación en estos supuestos. Pero el estado actual de la técnica provoca preguntas que es necesario responder. Especialmente en el ámbito sucesorio. El hecho de que se pueda mantener en estado de congelación el material reproductivo masculino o, incluso, preembriones, hace que las figuras del *concepturus* (el que todavía no ha sido concebido) y el *nasciturus* (el que está concebido, pero no ha nacido) estén más de actualidad que nunca. Una interpretación rigurosa de los artículos 29 y 30 del Código Civil determinan que la adquisición de la personalidad se produce con el nacimiento, teniendo al concebido como nacido *para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*. Pero el hecho de que la concepción pueda deferirse a voluntad, hace necesario una revisión interpretativa de los mismos.

Por ejemplo, ¿qué pasa si un hijo es concebido, esto es, su filiación queda determinada, pero no nace hasta 40 años después de la muerte de su padre, porque se mantiene congelado? ¿Tiene derecho a heredar? ¿Y si se fecunda después de la muerte? Aquí deberíamos distinguir dos supuestos, anteriormente mentados:

En el caso del *concepturus*, la Ley de Técnicas de Reproducción asistida humana, en su artículo 9, actualmente establece un plazo de doce meses para introducir el material reproductivo de la pareja o el marido en el útero de la esposa o compañera. Pero, ¿y si no son ni lo uno ni lo otro? ¿Y si su voluntad es que quede para más adelante o se haga en un país extranjero?

Son numerosas las teorías que en esta materia existen, basándose en la regla que el momento en que se debe tener capacidad para suceder es el del fallecimiento del causante, y que *las disposiciones a favor de personas inciertas serán nulas, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas* (artículo 750 del Código Civil) Pero, ¿y si en el testamento se ha planteado la existencia de un *concepturus*, con un reconocimiento del hijo que eventualmente resulte de una fecundación todavía no realizada? Ante esto tenemos las teorías de ALCANTARA, que distingue según cómo califiquemos la situación en la que se encuentra el no concebido: entender que existe condición suspensiva o resolutoria, derechos sin sujeto titular, una persona incierta, un estado de pendencia, una expectativa de sujeto futuro, o entender que existe una vinculación del bien jurídico a un titular futuro, a la que finalmente este autor se adscribe. Otros, incluso, entienden que solo cabe la figura del fideicomiso. Como vemos, la polémica está servida.

Por otro lado, nuestro Alto Tribunal pareció pronunciarse hace tiempo, en la Sentencia de 9 de febrero de 1998, estableciendo los siguientes requisitos para el llamamiento a favor del no concebido:

El Comité de Bioética va más allá, entendiéndolo que no solo es perjudicial para la mujer, sino también para el interés superior del menor

En el ámbito europeo y en el español, dicho interés superior no se puede aplicar de manera automática, sino que se debe ponderar con el de la madre gestante, velando que los derechos fundamentales de ambas partes estén suficientemente protegidos



1. La necesidad de que el *concepturus* quede identificado o sea posible su identificación.
2. Que dicho *concepturus* ha de estar concebido al fallecimiento de la persona encargada de conservar los bienes hasta su entrega al no concebido.

Este último requisito, que tiene su origen en las tesis de GONZÁLEZ PALOMINO sobre el *pseudousufructo testamentario*, es el que podría verse alterado ante la posibilidad de que pueda transcurrir mucho tiempo entre el fallecimiento y la concepción, lo cual a su vez, encubre su propia problemática.

En el caso del *nasciturus* la cuestión es aún más compleja. A pesar de que nuestro Código Civil ya contempla el supuesto de la viuda encinta (artículos 959 a 967), como hemos dicho, pueden transcurrir meses o incluso años entre la concepción y el nacimiento, por la figura del preembrión. Una parte de la doctrina entiende que éste puede incorporarse como *criatura abortiva* del 745 del Código, negándole la capacidad sucesoria, hasta que efectivamente nazca. Pero, ¿y si nace años después de la partición? ¿Cómo se protegen sus derechos? Hasta ahora esos supuestos son casos aislados que finalizan en procesos judiciales, pero si se generaliza la práctica de las llamadas “vientres de alquiler”, ¿podrá atenderse correctamente a todos? Por rizar más el rizo, ¿es exigible a los herederos, si así se dispone en testamento, que utilicen esa práctica para que un concebido en un laboratorio de Estados Unidos antes del fallecimiento del causante, pueda nacer?

¿Debe, en su caso pagarse con dinero de la herencia? ¿Cuál es el plazo? ¿Es justo, o correcto jurídicamente, que a través de un fraude de ley, se haga constar como hijo adoptivo de alguien a quien en realidad es su nieto? Son sin duda preguntas que no tienen una respuesta taxativa, pero que deberán tenerse en cuenta si en algún momento se aborda la regulación, o si se quiere dar salida a casos como el que citábamos al principio del presente artículo. Todo ello, por supuesto, deberá contar con la eventual disparidad de tratamiento que podría existir entre el Derecho Civil Común y el Foral, y su conciliación con nuestra Carta Magna, especialmente dada la distinta naturaleza de la legítima existente en territorios de Derecho especial.

Conclusión

¿Por qué planteamos todo esto? Porque aunque es cierto que actualmente la gestación subrogada no tiene visos de que vaya a admitirse, al ser América el mayor referente cultural de Occidente, y al vivir en un mundo en el que nuestro sistema de *Civil Law* tiende a adoptar cada vez más semejanzas con el *Common Law*, no parece descabellado que en algún momento lo que hoy es un debate abierto al calor de una noticia del corazón pueda resultar en uno político-social serio que cristalice en Derecho Positivo. Y es indudable que todos los interrogantes que antes hemos expuesto deberán ser convenientemente resueltos, no solo para la mejor defensa del ciudadano, sino también para la correcta práctica notarial y judicial. Esperemos que sea así. ●

¿Qué pasa si un hijo es concebido, esto es, su filiación queda determinada, pero no nace hasta 40 años después de la muerte de su padre, porque se mantiene congelado? ¿Tiene derecho a heredar? ¿Y si se fecunda después de la muerte?

ABSTRACT

Surrogacy is a delicate and sensitive issue. Spanish law has evolved from prohibition to limited admission if it has been practiced in a foreign country. Adoption is the main instrument to reconcile two of the main interests: that of the birth mother and the best interests of the child. But today's technology allows people to be conceived long before the nine months set by Mother Nature. What are the implications? Filiation may be clear, but succession is not. From the rights of the unborn to those of the legitimate heirs, everything will have to be taken into account in order to reach just solutions. Here are some interesting questions that could arise in the future if our legal system were to try to admit this figure.

Keywords

Surrogacy, Succession. Filiation.

Bibliografía

GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1950), «Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario», *AAMN*, tomo II, Madrid. 1950 (pp. 455-511).

ALCÁNTARA SAMPELAYO, J. (1953), «Atribuciones patrimoniales a favor de *concepturus*», *RDP*, tomo XXXVII, enero-diciembre 1953, Madrid (pp. 93-111).

MATA DE ANTONIO, J.M. (2006) *Revista de Derecho Privado* Núm. 9 - 10/2006, Octubre - Septiembre 2006

DERECHO MERCANTIL: APUNTES SOBRE SOCIEDADES Y EMPRESA

La catedrática **Juana Pulgar Ezquerra**, los notarios **Segismundo Álvarez Royo-Villanova** y **Ricardo Cabanas Trejo** y el ingeniero de telecomunicaciones **Francisco Román Riechmann** abordan diferentes aspectos de la empresa y del Derecho Mercantil. Desde el análisis de la operatividad del principio mayoritario en los planes de reestructuración hasta las modificaciones en las operaciones transfronterizas y las implicaciones de las transformaciones estructurales, se vislumbra un panorama de perspectivas y desafíos. Además, se destaca el papel crucial de las empresas en el desarrollo y el bienestar, no solo desde una perspectiva económica, sino también como agentes comprometidos con el medio ambiente, la responsabilidad social y la gobernanza.

LAS “FUGAS” DEL PRINCIPIO MAYORITARIO EN LOS NUEVOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN



Juana Pulgar Ezquerra
Catedrático de Derecho
Mercantil UCM

Los planes de reestructuración y el principio mayoritario

La transposición a nuestro derecho de la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de pasivo y medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales, ha supuesto una aproximación prevalentemente negocial a los problemas económicos de las compañías al margen y en prevención de la declaración de un procedimiento judicial concursal. Su precedente se sitúa en los

acuerdos de refinanciación regulados tempranamente en nuestro derecho desde el año 2009 y por tanto con anterioridad a la directiva que hemos transpuesto e incluso con anterioridad a la recomendación de la comisión europea de 2012 sobre un nuevo enfoque al fracaso empresarial, que constituyó el germen de dicha directiva europea.

La idea básica es que el deudor que se encuentre en una situación de insolvencia actual, inminente o en probabilidad de insolvencia, puede evitar su



declaración en concurso si tomando la iniciativa propone a los acreedores un plan de reestructuración. Este plan puede incidir no solo en el pasivo como era tradicional en los acuerdos de refinanciación, sino también en el activo, pudiendo incorporar incluso contenidos liquidativos, debiendo ser aceptado por los acreedores intraclase, dentro de cada clase de acreedores afectados que se formen y entre clases de igual rango, no pudiendo en ningún caso el deudor ni sus socios, incluso aunque estuvieran dentro del dinero, imponer un plan de reestructuración a los acreedores que no sea aceptado por ellos.

Pero no solo el deudor puede proponer dicho plan, también puede partir la propuesta de los acreedores, frente a lo que acontece en modelos como el alemán en el que solo se legitima al deudor y que de nuevo deberá ser aceptada por la mayoría de aquellos intraclase y

entre clases de igual rango, siendo consensual un plan aprobado por todas las clases de acreedores afectados, por el deudor y en su caso por los socios (art 638 TRLC).

No obstante, este principio mayoritario encuentra una excepción legal en el art 639.2º del Texto Refundido de la ley concursal (en adelante TRLC) en relación a planes no consensuales al admitirse que una sola clase que esté “in the money” (es decir, aquellos acreedores que, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista en la LC, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago en el concurso) pueda arrastrar a las que están fuera del dinero (regla de cambio de control) funcionando en estos casos por tanto entre clases de distinto rango el “arrastré” y no el principio mayoritario.

Se pueden calificar por tanto los planes de reestructuración como “insti- ➡

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la operatividad del principio mayoritario en el que encuentra su fundamento la regulación de los planes de reestructuración en el libro II del Texto Refundido de la ley concursal y las posibles “fugas” de este principio, que se han detectado en la práctica desde la puesta en práctica de la reforma introducida por la ley 16/2022. Particularmente, en conexión con la solicitud de homologación de planes de reestructuración por socios/acreedores y otros acreedores, así como respecto de la facultad de la mayoría de acreedores de solicitar la sustitución del experto designado por la minoría o por el deudor. Con el fin de garantizar una tutela efectiva de la mayoría de los acreedores en los planes preconcursales de reestructuración, se proponen de lege ferenda en este trabajo, necesarias reformas técnicas en el libro II del Texto refundido de la Ley concursal, que además hagan nuestro modelo más operativo en el marco de la competencia legislativa entre estados, que ha conllevado la mínima armonización introducida por la directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventivos.

Palabras clave

Reestructuración, Principio mayoritario, Socios-acreedores, Experto en la reestructuración, Planes competidores.

La transposición a nuestro derecho de la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva ha supuesto una aproximación prevalentemente negocial a los problemas económicos de las compañías, permitiendo la propuesta de un plan de reestructuración por parte del deudor o los acreedores evitar la declaración de un procedimiento judicial concursal

tutos pro acreedores”, lo que es lógico y coherente desde la aproximación más económica que jurídica que subyace a la directiva transpuesta, dado que son los acreedores los que no están viendo satisfechos sus créditos, o están en riesgo de que ello suceda y por tanto, tienen derecho no solo a la protección de sus derechos de crédito, sino también a decidir bajo un régimen de mayoría, cuál consideran la mejor vía para ello.

Se les concede así por tanto también a los acreedores, la facultad de evitar la declaración del concurso de acreedores de su deudor, que conlleva su colectivización y sometimiento a los efectos de dicha declaración (suspensión de devengo de intereses, prohibición de compensación, paralización de ejecuciones individuales...) y sobre todo la clasificación de sus créditos, que puede resultarles en ocasiones no solo poco ventajosa, sino incluso perjudicial a efectos de postergación en el cobro y pérdida de derechos en el escenario de la insolvencia (p.e. respecto de la clasificación de su crédito como subordinado).

Reside por tanto como regla general en el principio mayoritario de los acreedores el fundamento de los planes de reestructuración y de su capacidad de decisión, en el entendimiento, de un lado, de que la mayoría de los acreedores no va a decidir algo en contra de sus intereses y de otro, que el deudor y sus socios no deben seguir teniendo el “botón rojo” de los procesos de reestructuración, como ha venido siendo tradicional, operando este principio en un triple ámbito.

De un lado, los acreedores que representen más del 50% del pasivo que pudiera quedar afectado por un plan de reestructuración, pueden aprobar un plan (art 629 TRLC), pudiendo imponerlo en determinadas condiciones a los socios. Así se prevé en el artículo 640.2 TRLC, cuando aquel contenga medidas que deban ser adoptadas por los socios reunidos en junta, siempre que la situación económica de la compañía no sea de mera probabilidad de insolvencia, dado que en estos casos el deudor todavía conserva el beneficio del plazo, con desacti-

vación de derechos de suscripción preferente en particular en supuestos de operaciones de simultáneo aumento y reducción de capital (art 631.4 TRLC)

Asimismo, la referida mayoría de acreedores, también puede restringir “derechos/deberes concursales” del deudor como su derecho a la solicitud del concurso de acreedores. En este sentido, sobre la base del art 612.1 TRLC, esta solicitud puede ser paralizada por dicha mayoría de acreedores siempre que presenten un plan de reestructuración que tenga probabilidad de ser aprobado, levantándose no obstante esta suspensión si en el breve plazo de un mes, dichos acreedores no hubieran presentado una solicitud de homologación de dicho plan.

En tercer lugar, la misma mayoría de acreedores, puede solicitar en cualquier momento la sustitución *ad nutum* y por tanto sin necesidad de justa causa del experto en la reestructuración, designado en su caso por el deudor o una minoría de acreedores (art 678.1TRLC). Su función resulta básica en planes no consensuales, dado que ha de emitir un informe sobre la valoración económica de la compañía como empresa en funcionamiento, en el que se va a determinar quién está y quien no está “in the money”, esto es, quien tiene derecho a participar en la cuota de reestructuración resultante de mantener a la empresa en funcionamiento.

En teoría, el modelo cuadra y fuera de la referida excepción legal a la que hemos hecho referencia en planes de reestructuración no consensuales, rige el principio mayoritario como contrapartida del principio de mínima intervención judicial que caracteriza nuestro modelo, no debiendo producirse otras excepciones al principio mayoritario, que no estén legalmente previstas. No obstante, en la práctica desde la entrada en vigor de la reforma del TRLC por la ley 16/2022, se han podido detectar lo que podríamos calificar como “fugas del principio mayoritario”, en conexión al menos con dos temas de particular relevancia.

De un lado, en relación con la legitimación para proponer la homologación



La legitimación para solicitar la homologación de un plan de reestructuración se extiende tanto al deudor como a los acreedores afectados que lo hayan suscrito, aunque sean subordinados

de un plan de reestructuración y de otro, respecto de la facultad de sustitución del experto designado por el deudor o por la minoría de acreedores, por la mayoría de acreedores que representen al menos un 50% del pasivo que pudiera resultar afectado por el plan de reestructuración.

Analizaremos a continuación separadamente ambos temas.

La legitimación concurrente del deudor y los acreedores para solicitar la homologación de un plan de reestructuración

Conforme se establece en el art 643.1 TRLC, se legitima para solicitar la homologación de un plan de reestructuración, no solo al deudor, sino también a cualquier acreedor afectado que lo haya suscrito. No se excluye de esta legitimación, a los acreedores especialmente relacionados con el deudor, que tendrían la calificación concursal de subordinados y a quienes se ha perseguido en la reforma del TRLC no trasladar en sede preconcursal la particular “dureza automática” de la que son objeto en el concurso de acreedores, debiendo acompañar en todo caso a la solicitud la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías.

Pero esta legitimación compartida, puede dar lugar en algún caso, como ha acontecido ya en la práctica, a supuestos de presentación de solicitudes de homologación concurrentes presentadas por el deudor a través de su órgano de administración (art 643.2 TRLC) y acreedores o presentadas por distintos acreedores, con una particular problemática cuando parte la iniciativa de proponer un plan de reestructuración de los socios, que a su vez ostentan la condición de acreedores (p.e. en virtud de un préstamo participativo) (socios-acreedores).

Y es que si bien es cierto que los socios como tales y en cuanto tales no están legitimados en el art 643.1 TRLC para solicitar la homologación de un plan de reestructuración, dado que en la reforma del TRLC se optó por no considerar a los socios como una clase de acree-

dores, no obstante, en tanto en cuanto concurra en ellos la condición no solo de socios, sino también de acreedores estarían legitimados si “están en el dinero” para aprobar y presentar dicha solicitud de homologación, que podría ser concurrente con la presentada por cualquier otro acreedor afectado que hubiera suscrito el plan de reestructuración.

Esta posibilidad reviste una particular problemática y riesgos, dado que en el socio/acreedor en tanto en cuanto “insider”, se manifiesta la asimetría informativa existente entre aquel y los restantes acreedores. Ello les hace “jugar” con ventaja, entre otros aspectos, en términos de tiempos de presentación de la propuesta de homologación respecto de los restantes acreedores, dependiendo de la valoración económica de la compañía como empresa en funcionamiento, que en supuestos de planes de reestructuración forzados se encomienda al experto en reestructuraciones a través de su informe (art 639.2º TRLC) lo que aquellos pueden proponer, a los demás acreedores en su propuesta de plan, dada su condición generalmente como acreedores subordinados. En este sentido, pueden cambiar los términos y condiciones de los créditos (p.e. esperas que deben acompañarse en todo caso de un incremento de la tasa de interés) pero no pueden imponer una quita, sin conculcar salvaguardas como la regla de prioridad absoluta.

Acertadamente a mi entender, no se han regulado en la reforma del TRLC los denominados planes competitivos al modo del chapter 11 del US Bankruptcy Code Norteamericano y no se han regulado no porque exista una laguna legal en nuestro derecho que haya que cubrir, sino porque ésta fue la opción de política legislativa adoptada en un modo consciente y reflexivo; Primero, en el grupo especial de trabajo constituido en 2018 para la transposición de la Directiva UE 2019/1023 a nuestro derecho y del que tuve el honor de formar parte, al entender que su regulación conllevaría más perjuicios potenciales que beneficios; después

durante la tramitación parlamentaria de la reforma, a lo largo de la cual no prosperaron diversas enmiendas presentadas en el sentido de la necesidad de regular en nuestro derecho los planes competitivos.

Los socios están legitimados para solicitar la homologación de un plan de reestructuración, en tanto en cuanto concurra también en ellos simultáneamente la condición de ser acreedores (socio-acreedor)

Esta opción de política Legislativa se adecúa, de un lado, a la Directiva UE 2019/1023, que en modo alguno contempla los planes competitivos y su armonización en los países miembros. De otro lado, es coherente con otras dos opciones de política legislativa adoptadas en la transposición de la referida Directiva a nuestro derecho y que fueron testadas con éxito con anterioridad en nuestro derecho en conexión con los “acuerdos de refinanciación”; primero, mínima intervención judicial y mínima/flexible estructura procedimental de los planes de reestructuración y segundo, el principio mayoritario. En este sentido, no se trataba de regular procedimientos al uso, rígidos y con una fuerte presencia judicial como acontece en el chapter 11 Norteamericano, que responde a un contexto sociológico y jurídico en el que los procedimientos concursales carecen de estigma social y están vinculados a la idea de un fresh start y second chance, en las que el fracaso es una ocasión para el éxito futuro, lo que no acontece en nuestro entorno.

Desde estas premisas, la opción de regular los planes competitivos, de un lado, desvirtuaría la naturaleza comercial de los planes de reestructuración y su principio mayoritario; Se pueden negociar diversos planes de reestructuración, pero al juez hay que presentarle un solo plan, que cuente con las mayo-

La falta de regulación de los planes competidores en la legislación española se debe a una opción de política legislativa que se adecúa a la Directiva UE 2019/1023 y es acorde con nuestro modelo basado en la mínima intervención judicial y el principio mayoritario

La facultad de sustitución del experto en la reestructuración por la mayoría de los acreedores garantiza la protección frente a eventuales abusos en la solicitud de homologación de un plan de reestructuración



rías suficientes legalmente exigidas y sin que aquél tenga que elegir cuál es el plan más idóneo, en lo que supondría una decisión más económica que jurídica y que excedería de sus funciones jurisdiccionales. Si no se puede presentar al juez un solo plan, es porque la base negocial o los mecanismos legales de reestructuración forzosos han fallado y lo que habría que hacer probablemente es acudir al tradicional concurso de acreedores, para que allí sí sea el juez quien dirima el conflicto de intereses a través de reglas de ejecución colectivas. Lo que no podemos pretender es tener unos marcos de reestructuración preventivos con mínima intervención judicial y escasa estructura procedimental y querer regular a su vez, los planes competidores que responden a otro esquema procedimental.

De otro lado, la regulación de los planes competidores podría conducir a lo que podríamos calificar como un “bucle sin fin”, dado que podrían presentarse no solo dos solicitudes de homologación de sendos planes, sino un número indeterminado de ellas, desde el momento en que cada acreedor afectado que hubiera suscrito el plan estaría legitimado para presentar una propuesta de homologación de un plan, lo que entre otros tendría un elevado coste temporal.

La ausencia de regulación legal de dichos planes en nuestro derecho, a nuestro entender, obliga al juez ante el que se presenten concurrentes solicitudes de homologación de sendos planes por deudor y acreedores o de acreedores entre sí, a tener que acudir a las categorías generales procesales, optando por un criterio temporal, dando prioridad a la primera solicitud de homologación de un plan presentada en el tiempo, lo que no constituye sino la aplicación del principio general “prior in tempore, potior in iure” (Vid Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 10 de abril de 2023 que opta por dicho criterio temporal en un supuesto de solicitud de homologación de sendos planes por acreedores y por socios-acreedores).

Es cierto que sobre la base de este criterio temporal, en particular en supues-

tos de solicitud de homologación presentada por socios-acreedores y acreedores que no ostenten a su vez la cualidad de socios, de algún modo se prima y se hace prevalecer la solicitud de homologación que parte de quienes más “pueden correr” porque son quienes tienen toda la información de la compañía. Ello podría propiciar que deudores y socios se vean incentivados a presentar planes poco realistas alegando una pretendida probabilidad de insolvencia que excluye su eventual arrastre por los acreedores, con el fin de paralizar ejecuciones y mantener la gestión de la compañía. Asimismo, es cierto que ello además podría acompañarse de una comunicación previa de inicio de negociaciones, para la que solo está legitimado el deudor y en modo alguno los acreedores, con solicitud de nombramiento de experto en la reestructuración, que será quien valorará la compañía y dirá si los socios están o no “in the money”.

Pero el tema central a mi entender no es éste, porque riesgos de extorsión por unas y otras partes en el marco de los planes de reestructuración siempre puede haber, sino si la mayoría de los acreedores sobre la que reside el fundamento del modelo, disponen en estos supuestos de eficaces mecanismos de defensa que puedan ser ejercitados en tiempo oportuno para defender sus derechos frente a un posible abuso por parte de quienes solicitan la homologación de un plan de reestructuración, en particular cuando aquella parte de socios/acreedores, que podrían en su caso abusar de su posición preeminente, dada la clara asimetría informativa existente entre estos y los demás acreedores.

En este sentido, los acreedores tendrían al menos cuatro mecanismos de defensa que juegan en ámbitos distintos:

De un lado, podrían recurrir a la cláusula general de abuso de derecho (art 11.2 LOPJ) y en su caso al fraude de ley, cuando la normas reguladoras de los planes de reestructuración se utilicen con una finalidad distinta de aquella para la que fueron dictadas. No obstante, todos sabemos que aun cuando

DERECHO MERCANTIL: APUNTES SOBRE SOCIEDADES Y EMPRESA

este es un recurso disponible, es difícil que prospere en la práctica precisa-mente por su carácter extraordinario.

De otro lado, ya en un plano específicamente preconcursal, la mayoría de los acreedores podría no votar a favor del plan presentado por los socios-acreedores. No obstante, desde el momento en que con la reforma del TRLC en virtud de la ley 16/2022 se puede imponer un plan por una clase que este in the money -y los socios acreedores en cuanto concurre en ellos la condición de acreedores podrían constituir una clase de estos a las restantes clases de acreedores, en función de la valoración económica de la compañía, pudiendo además designar al experto que emita el primer informe de valoración de la compañía, ésta no parece ser tampoco una defensa efectiva de los acreedores.

Asimismo, los acreedores pueden impugnar ex post la homologación del plan por los motivos del art 655 TRLC, cuando el plan no haya sido aprobado por todas las clases de créditos, pudiendo invocar ante la audiencia entre otros motivos, la falta de viabilidad de la compañía o la conculcación de la regla de prioridad absoluta. No obstante, este mecanismo de protección ex post, tras la homologación del plan dilata en el tiempo la defensa de los acreedores y como es sabido, el tiempo es un elemento esencial en los procesos de reestructuración desde el punto de vista, de maximización del valor de los activos de la compañía y por tanto una defensa tardía por los acreedores de sus derechos, no sería una defensa efectiva.

La verdadera protección de los acreedores provendría, a mi entender, de

poder adelantar en el tiempo su defensa, solicitando un contradictorio previo a la homologación para oponerse a la solicitud de homologación, pudiendo rebatir la valoración económica de la compañía y en su caso proponer un plan alternativo, para el supuesto en que su oposición prosperase y ésta fuese determinante de la nulidad y desactivación del plan en su totalidad (p.e. incorrectas mayorías por incorrecta formación de clases de acreedores). Ello no sería equivalente a la regulación de los planes competidores, dado que el juez no tendría que elegir en estos casos entre dos planes presentados por los acreedores o socios/acreedores, sino que rechazado el primer plan presentado por la vía de la oposición con éxito por parte de los acreedores a su homologación, ya sería solo un plan el presentado a la homologación judicial.

Es cierto que los acreedores que representen más del 50% del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración podrían solicitar ex art. 625 TRLC la confirmación judicial de clases con anterioridad a la homologación de un plan a través de un contradictorio, limitándose no obstante la protección a este extremo, no pudiendo rebatirse temas como pe la viabilidad de la compañía o la regla de prioridad absoluta, siendo además cuestionables las vías para que los acreedores y sobre todo los profesionales se enteren de que se ha solicitado una homologación con una determinada formación de clases de acreedores.

Asimismo, la posibilidad de un contradictorio previo más amplio y no solo en conexión con la formación de clases está prevista en el art. 662 TRLC, pero el



Resulta necesaria la reforma del art 679 TRLC, ampliando la legitimación para proponer un contradictorio previo a la homologación del plan, a la misma mayoría de acreedores que representen más del 50% de los créditos que podrían resultar afectados por un plan de reestructuración, en supuestos de solicitud de homologación de un plan de reestructuración por persona especialmente relacionada (PER)

problema es que para solicitarlo solo está facultado el proponente del plan, sea el deudor o los acreedores, o los socios que a su vez ostentan la condición de acreedores y no quienes soportan dicha solicitud. Por tanto, en supuestos de solicitud de homologación por socios/acreedores, quedaría en manos de éstos, la gestión de los tiempos y el momento de defensa de los acreedores, ex ante (oposición) o ex post, vía impugnación tras la homologación, posponiendo, como se ha analizado, esta segunda opción dicha defensa en el tiempo, lo que en su caso podría operar en beneficio de los socios-acreedores, pero en modo alguno de los acreedores.

Es necesario modificar la redacción del artículo 678 TRLC, para asegurar que el informe sobre la valoración de la empresa en el momento de la homologación del plan de reestructuración, sea el elaborado por el experto designado por la mayoría de los acreedores en supuestos de sustitución

Ello, resulta cuanto menos paradójico y no tiene sentido que la mayoría de acreedores que representen más del 50% de los créditos que podrían resultar afectados por el plan de reestructuración, puedan imponer en su caso a los socios un plan, en supuestos de insolvencia actual o inminente; puedan a su vez, paralizar una solicitud de concurso de acreedores voluntario cuando presenten un plan que tenga posibilidades de ser aceptado por los acreedores (art 612.1 TRLC) y puedan designar al experto en la reestructuración que valorará económicamente la compañía como empresa en funcionamiento y sustituirlo *ad nutum* en cualquier momento si fue designado por el deudor o por una minoría de acreedores (art 678.1 TRLC) y no puedan elegir cuándo y cómo proteger

sus derechos. En particular, cuando son socios-acreedores, quiénes les han ganado en la carrera por presentar la solicitud de homologación de un plan de reestructuración, que no está consensuado por aquellos.

La conclusión debe ser que la misma mayoría de acreedores que puede hacer todo lo que hemos descrito con el Texto Refundido de la Ley Concursal en la mano, pueda elegir cuando la solicitud de homologación de un plan de reestructuración proceda de un insider, persona especialmente relacionada (PER), el momento de su defensa. En este sentido, tienen que tener la facultad de solicitar un contradictorio previo en el que rebatir no solo la formación de clases, dejando no obstante abierta la posibilidad de que los acreedores, puedan decidir dilatar en el tiempo su defensa, con la intención de que del tema conozca la Audiencia Provincial.

Por ello, resulta no solo conveniente sino aún más necesaria la reforma del art 679 TRLC, ampliando la legitimación para proponer dicho contradictorio a la mayoría de acreedores que representen más del 50% de los créditos que podrían resultar afectados por un plan de reestructuración, en supuestos de solicitud de homologación de un plan de reestructuración por persona especialmente relacionada (PER).

Asimismo es necesario mejorar los cauces de información de los acreedores sobre la solicitud de homologación presentada por un deudor o por otros acreedores, resultando conveniente a mi entender introducir un mecanismo de alerta en el registro público concursal en el que puedan darse de alta los acreedores y sobre todo los profesionales financieros que "salte" cuando uno de su deudores solicite la homologación de un plan de reestructuración que pueda afectarles, pudiendo a partir de ese momento activar los mecanismos de defensa.

Solo así, cumpliríamos con uno de los objetivos básicos de la Directiva UE 2019/1023 que hemos transpuesto a nuestro derecho y es que el derecho de sociedades y los socios no pueden obstaculizar, por vías directas ni indirectas,

la reestructuración de compañías viables, cuando una mayoría de acreedores así lo decida.

La facultad de sustitución del experto en reestructuraciones por la mayoría de los acreedores

Como se ha adelantado, en supuestos de solicitud de homologación de un plan de reestructuración por socios-acreedores, concurrente con otras solicitudes presentadas por otros acreedores, la mayoría de los acreedores que representen más del 50% de los créditos que podrían resultar afectados por el plan de reestructuración, tendría también la facultad que les concede el art 678.1 TRLC de solicitar del juez la sustitución en cualquier momento y *ad nutum* del experto en la reestructuración nombrado a designación del proponente del plan. Ello puede constituir un importante mecanismo de protección frente a eventuales abusos que podrían conectarse a dicha solicitud de homologación, en particular, cuando ello se acompañe de la designación y nombramiento de un experto en la reestructuración en sede de comunicación de inicio de negociaciones, para que valore la compañía en supuestos de reestructuraciones forzosas.

Los acreedores habrán tenido noticia de dicho nombramiento por diversos medios y en todo caso a través del registro público concursal, debiendo ser dicho nombramiento y su identidad objeto de inscripción en dicho registro (art 672.3 in fine TRLC) dado que es el experto quien valorará económicamente la compañía, sin que se regule excepción legal alguna a esta publicidad y aun cuando el deudor hubiere presentado comunicación de inicio de negociaciones reservada (art 591 TRLC), acompañada de designación y nombramiento del experto en la reestructuración.

Se trata de una amplia facultad de sustitución que puede ejercer la mayoría de acreedores en cualquier momento, ante la que el juez no tiene facultad discrecional alguna, que debe acompañarse de la simultánea designación y solicitud de nombramiento de experto por dicha mayoría de acreedores

(art 678.2 TRLC). Ello les permite controlar, en particular en supuestos de planes de reestructuración forzosos, que la valoración de la compañía como empresa en funcionamiento no responda en su caso a los intereses de la minoría de acreedores o del propio deudor, resolviendo el fundamento de esta previsión en que es dicha mayoría de acreedores la que en realidad ostenta el control sobre el plan de reestructuración, al tener en su mano su aceptación.

No obstante, hay que resaltar que esta facultad de sustitución del experto solo protege eficazmente a la mayoría de los acreedores en un modo sustancial y no solo formal, si es el nuevo experto designado por dicha mayoría el que redacta el informe sobre la valoración económica de la compañía, lo que está implícito en el art 678.1 TRLC. Debe quedar por tanto sin efecto un informe previo que pudiera haber emitido el experto inicialmente nombrado a propuesta y designación del proponente del plan.

De otro modo, la referida facultad de sustitución del experto a propuesta de la mayoría de los acreedores tendría solo un alcance formal y no material, resultando los acreedores desprotegidos al tener que basar su oposición/impugnación del plan sobre la base de la viabilidad de la compañía, atendiendo al informe que preparó el experto inicial-

mente nombrado, que ha sido sustituido y que por tanto ya no es el experto en el momento de la homologación del plan de reestructuración.

Por ello, sería conveniente modificar la redacción del art 678 TRLC explicitando lo que ahora está implícito en el precepto y es que tras la sustitución del experto inicialmente nombrado y el nombramiento del nuevo experto designado por la mayoría de los acreedores, el plan de reestructuración ha de homologarse sobre la base del informe sobre la valoración de la empresa como expresa en funcionamiento redactado por el experto designado por la mayoría de acreedores. De otro modo, insistimos la facultad de sustitución del experto en la reestructuración por la mayoría de los acreedores tendría un mero alcance formal y no sustantivo o material, con la paradoja de que el juez homologaría el plan sobre la base del informe redactado por un experto que ya no es experto en el momento de la homologación del plan de reestructuración.

Estos propuestos ajustes técnicos en el TRLC en este momento inicial de la reforma minimizarían las posibilidades y eventuales riesgos de abuso de derecho que siempre conllevan las asimetrías informativas entre acreedores y aquellos que además ostentan la condición de socios. ●

ABSTRACT

This paper examines the effectiveness of the majority principle on which the regulation of restructuring plans in Book II of the Revised Text of the Bankruptcy Law is based and the possible exceptions to this principle, which have been identified in practice since the entry into force of the reform introduced by Law 16/2022. This applies in particular to the application for official approval of restructuring plans by shareholders/creditors and other creditors, and to the power of the majority of creditors to request the replacement of the expert appointed by the minority or by the debtor. In order to ensure that the majority of creditors receive effective protection in pre-bankruptcy restructuring plans, this paper proposes some necessary technical reforms in the future in Book II of the Revised Text of the Bankruptcy Law, which will also make our model more effective within the framework of legislative competition between states, which has led to the minimum levels of harmonisation introduced by EU Directive 2019/1023 on preventive restructuring frameworks.

Keywords

Restructuring, Majority principle, Shareholders-creditors, Restructuring expert, Competing plans.





EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. PRINCIPALES NOVEDADES



**Segismundo Álvarez
Royo-Villanova**

Notario de Madrid

La Directiva 2019/2121 de 27 de noviembre de 2019 (en adelante la Directiva) modificó la Directiva 2017/1132 en lo referente a las modificaciones estructurales transfronterizas. Armoniza por primera vez la transformación y la escisión transfronterizas y modifica algunas reglas de la fusión transfronteriza, ya armonizada desde el año 2005. En principio, dado que nuestra Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales (en adelante LME) regulaba no solo la fusión transfronteriza sino el

traslado internacional de domicilio (hoy denominada transformación transfronteriza), no parecía que fueran necesarios más que algunos cambios.

Sin embargo, el Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales ahora en el Parlamento opta, como dice la Exposición de Motivos, por “*integrar todo el régimen de modificaciones estructurales, internas y transfronterizas, partiendo de la propia Directiva, cuyas soluciones para las operaciones intraeuropeas se extienden en la medida de lo posible a las operaciones internas*”. Esta integración es razonable cuando los nuevos requisitos para las modificaciones estructurales transfronterizas sean menos exigentes que los existentes para las nacionales, pero no cuando sucede lo contrario.

En todo caso nos encontraremos con una Ley nueva con estructura también distinta. No se ha seguido la estructura de la Directiva, que regula de manera sucesiva cada una de las operaciones, pero tampoco se mantiene la estructura de la LME, que regulaba separadamente la transformación y la fusión interna, y hacía de esta el modelo para la escisión. Aparece ahora un primer capítulo de disposiciones comunes a todas las modificaciones estructurales y después se establecen reglas especiales para cada una de las operaciones, incluida la cesión global de activo y pasivo, a pesar de su escaso uso y su falta de regulación en la Directiva. Pero las normas especiales de la escisión se remiten en parte a las de la fusión, y las de las operaciones transfronterizas se remiten a las de las

de esa operación en el ámbito interno, lo que complica su aplicación. El objetivo de este artículo es destacar los cambios más importantes en cada fase del procedimiento y advertir de algunas opciones equivocadas que quizás puedan corregirse en el trámite parlamentario.

El proyecto de la operación es ya en la LME el documento básico de la operación, pues sobre él se estructura el resto de la información a preparar por las sociedades y es lo que aprueba la Junta General. Sigue siendo así, pero ahora también se exige para la transformación, la única operación que no lo requería. Su contenido varía poco, básicamente para acoger los cambios relativos a la protección de socios y acreedores que después veremos.

La integración entre operaciones internas y transfronterizas es razonable cuando los nuevos requisitos de las transfronterizas sean menos exigentes que los existentes para las nacionales, pero no cuando sucede lo contrario

La novedad más importante -y perturbadora- en relación con el proyecto es que debe incluir “*La acreditación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la aportación de los correspondientes certificados*” (art. 17.1.5 APL). Se trata de un requisito sin precedentes, pues las modificaciones estructurales nunca se habían condicionado a que las sociedades estuvieran al corriente del crédito público. Aparte de los defectos formales¹ y la falta de concreción de las administraciones tributarias a las que habrían que

pedir los certificados, el problema de la norma es sustantivo: complica todas las operaciones e impide aquellas en las que intervenga cualquier sociedad que no esté al corriente de cualquier deuda tributaria o con la Seguridad Social. Resulta sorprendente que con ocasión de la trasposición de una norma dictada para ampliar las posibilidades de operaciones transfronterizas se introduzca un requisito que complica y limita las internas. Es además incoherente que se permita realizar estas operaciones a las sociedades en concurso y sin embargo se excluya a las que no estén al corriente del crédito público.

La nueva restricción no está justificada, porque estas operaciones no afectan en principio a los derechos de los acreedores de las sociedades. Por supuesto esto es así en la transformación, en la que no hay alteración patrimonial, por lo que ni siquiera se otorga derecho alguno a los acreedores. También en general para la fusión y la escisión, pues por efecto de la sucesión universal las sociedades resultantes de la operación responden de las deudas anteriores, y además en el procedimiento se reconocen derechos especiales a los acreedores. A mayor abundamiento, como el crédito público es privilegiado, no le afectará normalmente la alteración patrimonial que pueden suponer estas operaciones. Por tanto, sin que sea necesario, se impedirá realizar operaciones necesarias para mantener o mejorar su solvencia de empresas en dificultades, abocándolas a la liquidación o al concurso. Esperemos que en la tramitación este requisito se limite a las operaciones transfronterizas.

Pasemos al informe de administradores. Siguiendo la Directiva, pasa ahora a tener dos secciones: una para los socios y otra para los trabajadores. Ya no está destinado a los acreedores, y por eso las consecuencias para los mismos han de declararse en el proyecto y no aquí. Sin embargo, se ➡



RESUMEN

El Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales tiene como objetivo trasponer la Directiva 2019/2121 sobre operaciones transfronterizas, pero opta por hacer una Ley totalmente nueva que también regula las operaciones internas, siguiendo el modelo de aquellas. La novedad más importante es la sustitución del derecho de oposición por un simple derecho de los acreedores a solicitar judicialmente garantías y solo en el caso en que la operación conlleve una disminución de la solvencia. También se producen cambios en otros puntos del procedimiento, como el contenido del proyecto y del informe de administradores y el derecho de separación, que pasa a ser un derecho de enajenación. Destaca entre ellos, por perturbador e injustificado, el que se exija, también en las operaciones internas, un certificado de estar al corriente de las deudas tributarias.

Palabras clave

Modificaciones estructurales transfronterizas, Fusión; Escisión, Transformación, Directiva.

¹ Un estudio más detallado de esta cuestión: Álvarez, S., “Un elefante en la Ley de Modificaciones Estructurales”. *Blog Hay Derecho*. 11 de mayo 2023. <https://www.hayderecho.com/2023/05/11/hacienda-como-un-elefante-en-la-ley-de-modificaciones-estructurales/>

amplía su contenido en relación con los socios, pues deberá referirse en su a la compensación en efectivo para los socios cuando la operación les conceda un derecho a enajenar sus acciones o participaciones (que es en lo que ahora se convierte el derecho de separación). Esta sección se puede excluir en caso de que así lo acuerden todos los socios con derecho a voto en todas las sociedades.

La sección de los trabajadores se limita a describir “las consecuencias sobre el empleo”, como hasta ahora. Se plantea una duda, porque, a diferencia de lo que sucede para las operaciones transfronterizas, para las internas no se exige que se refiera a las consecuencias para el empleo en las filiales. No obstante, el art. 5.8 solo permite prescindir de esta sección si no hay trabajadores en la sociedad ni en sus filiales, por lo que parece lógico entender el informe debe referirse a los efectos en el empleo también en las filiales. También es dudoso que se pueda prescindir de esta parte del informe en caso de fusiones de sociedades participadas o cuando exista acuerdo unánime en todas las sociedades, aunque así lo declaren los artículos que regulan estas fusiones especiales. Aunque la norma podría ser más clara, parece que no será necesario este informe en el caso de transformación.

Una novedad importada de la Directiva es la posibilidad de que durante el proceso de fusión los trabajadores expresen su “opinión” y los socios, acreedores y trabajadores manifiesten sus “observaciones”. El APL extiende esta posibilidad a las operaciones internas, lo que es discutible. La norma no especifica la forma de realizarlas ni de comunicarlas a los interesados, aunque está claro que deberán al menos ponerse a disposición de los socios en el momento de la Junta General.

El informe de expertos también experimenta alguna modificación. La más importante deriva de que el derecho de separación pasa a ser un derecho a enajenar sus acciones o participaciones por el importe ofrecido en el proyecto. Cuando exista este derecho será neces-



Es una pena que no se aproveche la reforma para aclarar algunas dudas que en la actualidad plantea la LME sobre los supuestos en que no es necesario el informe de expertos y que resultan de la defectuosa redacción del art. 34 LME

rio que el experto se pronuncie sobre la razonabilidad del importe que se ofrece a los socios que deciden vender. Otra novedad del informe de expertos es que “podrá contener una valoración sobre la suficiencia de las garantías ofrecidas a los acreedores”. Estas garantías son optativas para la sociedad, y también lo es que el experto se pronuncie sobre su suficiencia, por lo que su utilización en la práctica, previsiblemente, será escasa.

Es una pena que no se aproveche la reforma para aclarar algunas dudas que en la actualidad plantea la LME sobre los supuestos en que no es necesario el informe de expertos y que resultan de la defectuosa redacción del art. 34 LME. En particular debería aclararse que la parte

relativa a la suficiencia del patrimonio solo es necesaria cuando como consecuencia de la operación se crea o se aumenta el capital en una SA o SComA.

He avanzado ya que el derecho de separación se transforma en derecho de enajenación. En realidad es semejante y se concede solo, como hasta ahora, en caso de transformación o cuando con ocasión de una modificación transfronteriza cambia la nacionalidad de la sociedad. La única diferencia es que en el caso de transformación interna lo tendrán quienes hayan votado en contra, mientras que hoy se pueden separar también los ausentes y los que se hubieran abstenido. Lo que cambia es el procedimiento pues el plazo para declarar la voluntad de enajenar es de veinte días desde la publicación del proyecto (no un mes desde el acuerdo como en la LME). Además, el pago se ha de hacer en el plazo de dos meses, y tras ese pago los socios disconformes con la cantidad ofrecida en el proyecto solo pueden reclamar un complemento ante los tribunales (art. 10.4 APL) durante el plazo de dos meses.

El mayor cambio en el procedimiento es la sustitución del derecho de oposición de acreedores por un simple derecho a solicitar judicialmente garantías, que se puede ejercitar en un plazo de

tres meses desde la publicidad del proyecto, pero que no retrasa ni puede paralizar la operación. Esto supone abreviar las fusiones y escisiones en un mes, pues tras la publicación del acuerdo se podría directamente otorgar la escritura e inscribir. La Ley establece un confuso procedimiento previo a la reclamación judicial de garantías, con intervención del Registrador Mercantil, cuya utilidad no alcanzo a adivinar.

En todo caso, aunque este derecho está recogido entre las normas generales, no se aplica a las transformaciones internas.

En teoría para proteger a los acreedores se introduce la posibilidad de que los administradores hagan una declaración sobre el hecho de que la operación no perjudica a la solvencia de la sociedad, pero al darle el APL carácter voluntario y no ofrecer ventajas reales a la sociedad, lo previsible es que nunca se haga.

Mucho más interés tiene otra novedad que establece la Directiva para la protección de los acreedores. Consiste en que durante los dos años posteriores a que la transformación transfronteriza haya surtido efecto, los acreedores podrán continuar demandando a la sociedad ante los órganos judiciales competentes en el Estado de origen. Aunque es cierto que la directiva solo impone esta “perpetuatio iurisdictionis” para esta operación, lo lógico sería extender este efecto a los acreedores de las sociedades que se extinguen como consecuencia de una fusión o escisión transfronteriza, y que por tanto ven cambiar la nacionalidad de su acreedor. Lo contrario es facilitar la elusión de esta norma a través de una fusión transfronteriza con una filial creada al efecto.

Una cuestión que había dado lugar a mucha discusión y que se modifica es el régimen de la nulidad de las modificaciones estructurales. Adoptando para todas el sistema previsto para las operaciones transfronterizas en la Directiva,

el APL dice que “No podrá declararse la nulidad de una modificación estructural una vez inscrita.”

En materia de operaciones transfronterizas, la gran novedad es que al control sobre la regularidad del procedimiento en el país de origen que realizaba una autoridad nacional, se añade un juicio sobre el posible carácter abusivo o fraudulento de la operación. En un artículo anterior² ya critiqué esta opción del legislador comunitario. La razón es que, aunque la preocupación de los Estados por la utilización abusiva de estas modificaciones estructurales transfronterizas no es infundada, el control “ex ante” previsto crea costes e incertidumbre sin ser eficaz.

En todo caso no había más remedio que adaptar la directiva y así lo hace el art. 95 APL dice que “Excepcionalmente, el plazo inicial de tres meses se ampliará por un máximo de tres meses más si a resultas de la documentación e información presentadas el Registrador Mercantil tuviera sospechas fundadas de que la operación sometida se realiza con fines abusivos o fraudulentos, que tengan por objeto o produzcan el efecto de eludir el Derecho de la Unión o el Derecho español, o sirva a fines delictivos.” La norma tiene la virtud de subrayar el carácter excepcional de este control, lo que refuerza más adelante cuando dice que el registrador sólo se negará a emitir el certificado en el caso de que el carácter abusivo o fraudulento “resultara de manera clara”. Por tanto, se parte de que el registrador solo en caso excepcional de sospecha de abuso entrará en el examen del mismo. El problema es que no queda claro en que se pueden basar esas “sospechas”, lo que da un margen excesivo al criterio personal del registrador y al mismo tiempo aumenta su responsabilidad. Quizás se podría establecer una presunción de no abusividad en el caso de que no se hubieran recibido observaciones de acreedores públicos ni notifi-

caciones de otras autoridades. En el caso de que el registrador tenga sospechas, se le permite recabar información de la sociedad y de organismos públicos y también solicitar un experto independiente.

El APL acierta yendo más allá de la directiva, que solo regula las escisiones transfronterizas a favor de sociedades nuevas, y permitiendo aquellas en las que las beneficiarias ya existen. También regula las operaciones transfronterizas extracomunitarias siguiendo un procedimiento básicamente idéntico pero con algunas adaptaciones. ●

ABSTRACT

The Draft Structural Modifications Law aims to transpose Directive 2019/2121 on cross-border transactions, but also makes a completely new law that governs domestic transactions, based on the model of cross-border transactions. The most important new provision is the replacement of the right of opposition by a simple right of creditors to request judicial safeguards, and only in the event that the operation involves a reduction in solvency. There are also changes in other points of the procedure, such as the contents of the project and of the administrators' report, and the right of separation, which becomes a right of disposal. They include a disturbing and unjustified requirement for a certificate of being up to date with tax debts, including for domestic transactions.

Keywords

Cross-border structural modifications, Merger, Spin-off, Transformation, Directive.

² La Directiva sobre operaciones transfronterizas: la paradoja de una ampliación restrictiva. El notario del siglo XXI. Nº. 86, 2019, págs. 48-51.

DE LA FUSIÓN SIN PAPELES A LA FUSIÓN EMPAPELADA (UNA REFLEXIÓN AL HILO DE UN ANTEPROYECTO DE LEY)



Ricardo Cabanas Trejo
Notario de Fuenlabrada
(Madrid)

Hace unos meses el Gobierno aprobó el Anteproyecto de Ley -AL- para la transposición de la Directiva 2019/2121, de 27 de diciembre, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, también conocida como Directiva de Movilidad -DM-. Puede que cuando estas líneas vean la luz ya esté convertido en proyecto de ley y comenzada su singladura parlamentaria, y puede, también, que la materia objeto de este breve comentario haya cambiado, pero lo dudo. Hay claras opciones de política legislativa que difícilmente se abandonarían, pues hacerlo equivaldría a echar por la borda el AL en su conjunto. En ese sentido el AL podía haberse limitado a transponer la DM, pero ha optado por una reforma de mayor calado, que afecta a toda la Ley de Modificaciones Estructurales -LME- de 2009. Mi objetivo, ahora, es poner de manifiesto esas opciones, que en términos generales me parecen correctas, pero pueden tener algunas consecuencias, no diré que indeseadas, pues eso ya es muy subjetivo y depende de la opinión personal de cada, pero sí, cuando menos, curiosas. Son dos las opciones que ahora quiero destacar.

La primera es de fondo, ideológica si se quiere decir así, pues afecta a la estructura misma del sistema. Para ello el AL homogeneiza la normativa mediante extender a las operaciones de ámbito doméstico buena parte de las soluciones, así de procedimiento como sustantivas, que era necesario incorporar para las transfronterizas intra-europeas. La DM, además de los cambios en la fusión, obligaba a regular *ex novo* la transformación -en rigor, traslado de sede, que ya es conocido por nuestra LME- y la escisión por creación de una nueva sociedad, pero no a cambiar la regulación de las operaciones internas. Sin embargo, la opción del AL ha sido finalmente armonizadora, evitando así que el régimen interno resulte a la postre más exigente que el internacional, sin perjuicio de que, en ocasiones, pueda serlo menos. Según dice la Exposición de Motivos, se trata de evitar asimetrías y diferencias sin justificación de política legislativa, “*que en su caso pudieran favorecer un riesgo de búsqueda de una jurisdicción de conveniencia (forum shopping) en un ámbito interno y transfronterizo*”. Un propósito muy loable, pero, si se hace de forma indiscriminada, puede en algunos puntos insuflar más rigidez, en lugar de menos, al régimen actual de la Fusión Nacional -FN-.

La segunda es una opción de orden más formal, en realidad de carácter sistemático. El AL compacta la normativa mediante una nueva ordenación donde,

sobre la base de distinguir dos grandes bloques en función del elemento espacial (las operaciones domésticas -Título II- y las transfronterizas -Títulos III y IV-), establece un amplio conjunto de disposiciones generales aplicables a todas ellas (Título I), en su caso con otras acotadas al sub-bloque transfronterizo, con singularidades que después se especifican y desarrollan para cada una. Esta aplicación escalonada evita pretendidos espacios vacíos que antes podían darse, pero, si no se hace con cuidado, puede sobrecargar innecesariamente operaciones que, en la actualidad, soportan menos exigencias formales.

Para poner de manifiesto lo dicho me sirvo de dos ejemplos, uno por cada opción.

La fusión sin papeles

Los requerimientos informativos en torno a la fusión siempre han sido un tema delicado, pues no solo interesan a los socios. Recordemos que, en el pasado, llegó a ponerse en duda que el acuerdo fuera posible en Junta General -JG- universal (Res. de 30/06/1993). Por eso en su día llamó tanto la atención el art. 42 LME de 2009 al regular una modalidad de fusión hiper-simplificada en la que, siempre que se contara con la unanimidad de los socios, no eran aplicables las normas generales sobre el proyecto y el balance de fusión, ni las relativas a la información, la adopción del acuerdo, la publicación de la convo-



atoria y la comunicación a los socios del proyecto. Con esta regulación tenía sentido hablar de una “fusión sin papeles”, o más moderadamente de una “fusión exprés” por su rapidez y ausencia de formalidades, nunca por la ausencia completa de todo soporte documental, sino por la falta de un hito destacable en el proceso de fusión, o dicho de forma más precisa, por su erradicación del procedimiento externamente sujeto a control para su inscripción final. La situación cambió, en parte, con el RDL 9/2012, de 16 de marzo, que dio la redacción actualmente vigente al art. 42, eliminando la exclusión de la Sociedad Anónima -SA- y de la Comanditaria

por Acciones, acota la exención a la necesidad “de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley y sin informe de los administradores”, y pasa a exigir que el acuerdo se adopte, “en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad”.

Aparentemente, el AL no quiere cambiar esta situación, pues su art. 49 reproduce con milimétrica exactitud el texto y la rúbrica del vigente art. 42 LME. Sin embargo, se han producido alteraciones en su entorno normativo, que pueden forzar una aplicación diferente, incluso, que hagan imposible recurrir a él. En concreto, el AL altera los términos de ➡

RESUMEN

El anteproyecto de ley para la transposición de la Directiva 2019/2121, de 27 de diciembre, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, va a suponer un cambio profundo del régimen jurídico general de las modificaciones estructurales, no solo de las transfronterizas, por razón de claras y decididas opciones de política legislativa. En el presente artículo se examinan algunas consecuencias que esas opciones pueden tener en relación con las operaciones internas, especialmente por la posible simplificación de formalidades en la fusión y el régimen de la transformación.

Palabras clave

Fusión, Transformación, Registro mercantil, Publicidad, Sreedores.

La opción del Anteproyecto ha sido finalmente armonizadora, evitando así que el régimen interno resulte a la postre más exigente que el internacional, sin perjuicio de que, en ocasiones, pueda serlo menos

la publicidad preparatoria del acuerdo, no solo por haber enriquecido el proyecto con otros extremos de divulgación necesaria, también por haber incrementado el número de documentos que se publican, y haberlo hecho en términos de una información con destinatarios específicos, no siempre restringida a los socios. Todo ello, por la opción armonizadora antes indicada, pues determinados cambios solo venían impuestos en el caso de la FT por la DM, pero el AL ha optado por generalizarlos a la FN. Estos cambios afectan sobre todo a los mecanismos de protección de socios y de acreedores. Prescindo de los socios, ya que en el supuesto que nos ocupa nunca habría socios discrepantes. También de los trabajadores, porque sus derechos de información en ningún caso pueden verse restringidos. Me centro, por ello, en los acreedores, que pierden el derecho de oposición, a cambio del derecho a reclamar una garantía adecuada, siempre que demuestren que la satisfacción de sus derechos está en riesgo.

La posición de los acreedores

A tal fin, el AL obliga a informar en el proyecto común de las implicaciones de la operación para los acreedores y, en su caso, de toda garantía personal o real que se les ofrezca (puede ser ninguna, si la sociedad considera que no es necesaria). Vinculada a esta información está la posibilidad de una declaración sobre la situación financiera que el órgano de administración puede adjuntar al proyecto. Sobre la base de esa información cada acreedor habrá de valorar si su crédito está en riesgo debido a la fusión y si las garantías, en su caso ofrecidas, son adecuadas, con distintas opciones de actuación, según haya habido o no informe de experto, y la posible opinión de este sobre la adecuación de las garantías. Por si no fuera bastante con estas inéditas exigencias informativas del proyecto, también se añaden nuevos documentos que han de ser objeto de publicidad preparatoria, y tienen a los acreedores como destinatarios específicos. En particular un anun-

cio por el que se les informa “*de que pueden presentar a la sociedad, a más tardar cinco días laborables antes de la fecha de la junta general, observaciones relativas al proyecto*”. El AL se toma muy en serio estas observaciones (no tenía otra elección, por exigencia de la DM, pero en la FT), hasta el punto de que la JG “*tomará nota*” de las mismas.

En la actualidad el único problema de encaje entre el procedimiento del vigente art. 42 LME y el derecho de oposición de los acreedores se plantea por razón del corte temporal para disfrutar de este último, pues, como regla, los créditos tenían que haber nacido y no estar vencidos antes de la fecha de inserción del proyecto en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil -RM- (art. 44.2 LME), y quedó resuelto en 2012 con la indicación expresa de que, en ausencia de esa publicidad, “*la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación*



individual de ese acuerdo al acreedor". A partir de aquí, ya opera el derecho de oposición con arreglo a su régimen general, el cual, conviene recordarlo, atribuye este derecho a todos los acreedores que cumplan ese requisito temporal, y no estuvieran ya suficientemente garantizados, sin más condiciones.

Por el contrario, si en el esquema del AL se prescindiese de la publicidad preparatoria del acuerdo, como así permite -en teoría- su art. 49, los problemas van mucho más allá del mero corte temporal para saber qué acreedores tienen o no derecho a reclamar esas garantías, es que no van a tener acceso a una información esencial para hacer uso del mismo. Primero, porque las garantías (o su ausencia) se han de recoger en ese proyecto. Segundo, porque necesitan acceder a toda esa información para valorar si sus derechos están en riesgo debido a la fusión y, en su caso, si las garantías son adecuadas, pues tienen que demostrarlo -ya no es un derecho incondicionado, como el de oposición-. Como ellos no son destinatarios de la información prevista en el art. 46 (el equivalente del actual art. 39 LME), su única vía de acceso es la publicidad preparatoria. Obviamente, tampoco podrán formular observaciones al proyecto.

Puestos en la tesitura de conciliar las exigencias del nuevo sistema con esa posible dispensa publicitaria, una posible salida pasaría por la comunicación individual a todos los acreedores, por un procedimiento que asegure su recepción en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad, en forma similar a lo que se hace con el acuerdo de fusión, pero de todos los documentos que habrían de ser objeto de publicidad, más la declaración sobre la situación financiera, si es que se ha formulado, al menos un mes antes de la fecha de la JG. Pero el art. 53 del AL echa por tierra esta solución al disponer, como en la actual LME, que en los casos en que no sea necesaria la publicación del proyecto de fusión, la fecha de nacimiento del crédito a los efectos de la protección de los acreedores deberá ser anterior a la fecha de publicación del acuerdo de

Esta aplicación escalonada evita pretendidos espacios vacíos que antes podían darse, pero, si no se hace con cuidado, puede sobrecargar innecesariamente operaciones que, en la actualidad, soportan menos exigencias formales

fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor. Obviamente, si esta es la fecha de corte, también habrá de ser la de inicio para el cómputo del plazo de tres meses. El problema es que el art. 50 del AL (el equivalente del actual art. 43) solo les reconoce el derecho a obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, nada más. Solo de forma indirecta, por la exigencia de que el acuerdo de la JG se ajuste al proyecto común de fusión, los acreedores acceden a la información sobre las garantías ofrecidas, ya que se aprueban por la JG, pero no a los aspectos puramente informativos del proyecto (en especial, las implicaciones de la operación para ellos), ni a la posible declaración sobre la situación financiera, ni a otros documentos como el informe del experto, a pesar de que este último -si existe- es decisivo para el ejercicio de su derecho.

La única solución pasaría por reinterpretar ese precepto en el sentido de añadir el derecho de los acreedores de

El Anteproyecto obliga a informar en el proyecto común de las implicaciones de la operación para los acreedores y, en su caso, de toda garantía personal o real que se les ofrezca

obtener, tanto el proyecto íntegro, como esos otros documentos, en el supuesto de que hubiesen sido formulados, y que así se haga constar en el anuncio. Ni qué decir tiene que, en estos casos, tampoco habrán podido servirse de su derecho a hacer observaciones, pues se enteran de la JG a toro pasado, con lo cual, de las dos, una: entender que prevalece el carácter universal de la JG, de modo que, en estos casos, los acreedores se ven privados de su derecho; o bien, que este derecho es intocable (como, de hecho, ocurre con los trabajadores o sus representantes), en cuyo caso la sociedad vendría obligada a informar del mismo a todos los que sean acreedores en ese momento por el medio de divulgación que estime oportuno, siempre antes de la JG.

En cualquier caso, el mero hecho de tener que acudir a comunicaciones no expresamente previstas en la ley, simplemente me aterra pensando en el RM. Con carácter general, la publicidad preparatoria de la fusión, ya sea a través de la web societaria o del mismo RM, permite un control directo de esos requerimientos, no así de otras exigencias informativas, especialmente cuando la JG es universal, pues entonces no se cuenta con el dato de una convocatoria que, al menos, debería advertir sobre cómo acceder a ciertos documentos. Para colmo, el art. 227 Reglamento del Registro Mercantil sobre la escritura de fusión está referido a una realidad normativa por completo desfasada (la Ley de SA, que debe adaptarse a la actual), aunque, como regla general, se conforma con la mera declaración de los otorgantes en relación con las obligaciones que señala. Por eso, para cualquier supuesto de fusión ordinaria el criterio sigue siendo la manifestación de aquellos en la escritura, sin posibilidad de una verificación directa por parte del RM de muchos de esos requisitos típicos, pero en el supuesto hiper-simplificado que nos ocupa, ante la ausencia de mecanismos de publicidad y de depósito, forzosamente esas manifestaciones tendrán que hacerse extensivas al cumplimiento atípico de una demandas

informativas que se habrán de improvisar, y ya veremos por dónde nos sale el RM a la hora de acreditar su realización. No olvidemos que el AL quiere consagrar la imposibilidad de declarar la nulidad de cualquier modificación estructural inscrita, con lo cual ya nos podemos preparar para la que se nos viene encima cuando los RRMM empiecen a extremar su control sobre el cumplimiento de las condiciones y trámites de la operación, con la excusa de que ellos son la última garantía de la legalidad, y razón no les faltará, pues, después, los jueces callan, al menos, en lo que hace a su validez.

Realmente, en estas condiciones, carecería de todo sentido práctico hacer uso de este procedimiento y mejor olvidarnos de aquella innovación del año 2009, por mucho que el AL la mantenga. En términos coloquiales, para ese viaje no se necesitan alforjas. Mucho más sencillo servirse de la página web o del depósito en el RM, sobre todo, porque los aranceles de este último por la publicidad no podrán superar la recuperación del coste de prestación de tales servicios.

La transformación como gran damnificada

Junto a las cuestiones estructurales, también estarían las meramente sistemáticas, y para ello me sirvo de la transformación, para mi gusto la gran damnificada en el AL. Solo es un cambio de forma, no afecta la personalidad jurídica de la sociedad, ni a su patrimonio, ni a sus trabajadores (no hay cambio de titularidad), ni supone riesgo para los acreedores, ya que existen reglas específicas sobre la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. En la vigente LME los requerimientos informativos de la transformación son menores que los de la fusión, no hay “proyecto” de transformación, ni publicidad preparatoria del acuerdo, fuera de la información a los socios con ocasión de la convocatoria de la JG, la cual es dispensable en caso de adoptar el acuerdo en JG universal y por unanimidad. Incluso, tenía la esperanza de que, en la reforma legal, se eliminara la necesidad de comu-

nicar el acuerdo de la JG a los acreedores, por ser una exigencia inútil, pues para eso ya está el RM, y solo sirve para impedir que, en los casos de unanimidad en JG universal, también se pueda prescindir de la publicación del acuerdo.

Pues bien, mi gozo en un pozo. Por la nueva ordenación sistemática del AL, la transformación se ve sometida a las disposiciones comunes a cualquier modificación estructural. Se refuerza así el derecho de información de los socios, al regular con detalle el contenido de un novedoso proyecto de transformación al que, curiosamente, se deben incorporar una serie de documentos que, en otras modificaciones estructurales, son independientes, aunque se sometan a la aprobación de la JG (así, el balance o el informe del auditor de cuentas). Y lo que es peor, la dispensa que permite la unanimidad en JG universal solo se aplica al informe de los administradores, no a los demás documentos, y habrá que ver si esa exención se entiende referida a todo el informe, o solo a la sección dedicada a los socios, pues la de los trabajadores parece intocable, a pesar de que la normativa laboral nada exige en los casos de transformación. No obstante, quizá solo se trate de un *lapsus calami*, pues, no queriendo cambiar la redacción del actual art. 9.3 LME, sus autores no se han percatado de que esa regla se lleva en el AL a un artículo separado, el siguiente, dedicado solo al informe de los administradores, y, por eso, la exención referida al “*apartado primero*” de ese artículo, realmente tendría que ser al “*artículo anterior*”.

Por otro lado, en aplicación de esas mismas disposiciones comunes, tampoco será posible prescindir del régimen general de publicidad preparatoria del acuerdo, lo cual me parece un exceso, y hasta cierto punto un efecto indeseado de la nueva configuración sistemática mediante la aplicación escalonada de disposiciones comunes y singulares de cada operación. No veo qué pinta en la transformación ese despliegue de anuncios. Quizá se pueda forzar la aplicación analógica del art. 49 del AL, máxime porque en la transforma-

ción los acreedores no tienen derecho a pedir garantía alguna, pero sí, otra vez, a formular observaciones.

Con esto no cuestiono las opciones de política legislativa del AL, pero sería conveniente reflexionar algunas consecuencias finales de las mismas. Quizá sus autores no contaron con ellas, o tengan muy claro que ha de ser precisamente así, pero, en este segundo caso, mejor prescindir de una exención de formalidades, que habrá quedado vacía de contenido. Lo que sí que tengo claro es que, donde no se va a reflexionar mucho, es en la tramitación parlamentaria de la ley. Ahí, puede pasar cualquier cosa. ●



ABSTRACT

The preliminary draft bill for the transposition of Directive 2019/2121 of 27 December on cross-border conversions, mergers and divisions will entail a profound change in the general legal system for structural modifications, and not only those of a cross-border nature, due to clear and decisive choices in legislative policy. This article examines some of the consequences that those choices may have for internal operations, and in particular with regard to the possible simplification of procedures in the merger and conversion system.

Keywords

Merger; Conversion; Register of Companies; Public notice; Creditors.

Vivir la vida

Sueños a orillas del Mediterráneo. Sueños que construimos a medida. Sueños que podrás revivir una y otra vez. **Vive la vida, sueña despierto.**



Oliva Nova Beach & Golf Resort · 46780 Oliva (Valencia) España

+34 96 285 79 44 · reservas@olivanova.com

OLIVANOVA.COM





LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA ESPAÑOLA



Francisco Román Riechmann

Presidente Lyntia Networks y de la Fundación Teaming

La empresa, motor de desarrollo, valor compartido

Cuando encaramos casi el final del primer cuarto del siglo XXI, no tenemos duda alguna en afirmar que el papel de las empresas está íntimamente ligado al desarrollo de los países. La empresa es uno de los motores principales del bienestar de cualquier país. No hay crecimiento económico, creación de empleo, innovación ni prosperidad sin empresas ni empresarios.

Esta afirmación implica comprender que el impacto de la acción de la empresa va mucho más allá de la creación de valor económico. Implica comprender el papel de la empresa en toda su dimensión y obrar consecuentemente. Esto es lo que ha originado una exigencia múlti-

ple de los distintos “Grupos de interés”, lo que ha impulsado todo el movimiento ESG (Environmental, Social and Governance) como base de la sostenibilidad de una empresa y como visualización de su contribución a la sociedad en la que desarrolla su actividad.

Si tradicionalmente el papel de las compañías era obtener beneficio, en la sostenibilidad de las mismas primas hoy el “ganar dinero” pero también “durante mucho tiempo”. Lo que significa un cambio radical de paradigma, orientado más a aportar valor a la sociedad, y dejar huella, que a centrarse únicamente en el balance económico.

Por eso hoy hablamos de la creación de valor compartido, de cómo una empresa, en el ejercicio de su actividad, crea valor en su entorno y el hacerlo supone, más allá de una legitimación, un beneficio para ella misma. Es, en cierta forma, el intento de crear un círculo virtuoso para conectar progreso económico y social en su acepción más amplia.

La sostenibilidad como misión

Hoy todos hablamos de sostenibilidad. Y en el uso polisémico de esta palabra se dan la mano durabilidad y responsabilidad, tanto para la sociedad en su conjunto como en cada empresa al atender a su lógico anhelo de crear valor económico a la vez que al impacto de su acción. Esto cristaliza en la necesidad de que la empresa tenga un “PROPÓSITO”, algo que dé sentido a su actividad, que la conecte con la sociedad en general y con algo más grande que ella misma.

A nadie se le escapa como a los cada vez más evidentes efectos del cambio climático, y la acelerada revolución tecnológica y digital, se han sumado una serie de “cisnes negros” presididos por varias crisis económicas, una pandemia global y una situación geopolítica y bélica compleja que exige una mayor responsabilidad a quienes puedan tener mayor capacidad para paliar la incertidumbre; a quienes puedan llegar a amplias capas de la población; y a quienes puedan incorporar lo social a su

estrategia. Porque solo con una sociedad más justa y menos desigual se logrará el crecimiento deseado.

Estas palancas solo pueden ser ejercidas por compañías responsables, con sentido y propósito claro, y con el potencial necesario de innovación para abordar la cobertura de necesidades urgentes, como la medioambiental o la que se necesitó durante la pandemia.

La empresa es uno de los motores principales del bienestar de cualquier país

Ahora bien, ¿es esto real o se trata de meros hermosos discursos justificativos? Un buen ejemplo en España es la reunión de más de 150 compañías, representando el 30% del PIB y el 70% del IBEX alrededor de la Fundación SERES. Nacida para buscar entornos de colaboración, compartir experiencias, conocimiento y herramientas que fortalezcan la dimensión social, la más exigente en las circunstancias actuales. Pues bien, uno de los grandes focos de su actuación ahora mismo es el desarrollo del “índice de huella social” para poder medir, conocer, comparar y mejorar el impacto social de cada empresa. Sin duda una muestra de cómo las empresas españolas entienden la importancia de la huella, del valor compartido.

El desafío

Tenemos, a nivel global, un enorme desafío. Desde el cambio climático a los efectos de la disrupción tecnológica. Problemas demasiado grandes para ser solucionados por ningún agente en solitario, problemas para los que no existe “business case” y que requieren, entre otras cosas, una fuerte sociedad civil y unas empresas con PROPOSITO en el sentido enunciado mas arriba.

En nuestro país afrontamos, como todos, esos desafíos a los que sumamos nuestras particularidades, ya sea nuestra estructura mayoritaria en pymes, ya sean las dificultades añadidas por nor-

mativas sujetas a una cierta fragmentación del mercado. Y es obligación de las empresas comprender el entorno con sus complejidades para poder acertar con su posicionamiento, con el desarrollo de sus capacidades y, en suma, conseguir su valor y su valor compartido.

Afortunadamente las empresas españolas, y con ellas sus principales directivos e inversores, hace años que vienen observando esta realidad. Y además de su éxito e internacionalización comparten la convicción de que las sociedades más justas son las que crean un mejor entorno para desarrollar la actividad empresarial. Lo que les lleva a poner en marcha numerosas iniciativas, orientadas a conseguir que nadie se quede excluido del progreso social y económico.

A medida que ha ido calando este planteamiento e involucración conjunta, lo que hemos venido denominando Responsabilidad social empresarial ha tornado progresivamente a la medición de los principales aspectos que debe impulsar la sostenibilidad (Ambientales, Sociales y de Gobernanza, o ESG por sus siglas en inglés).

Esto supone un paso más, pues exige contabilizar con el mayor rigor no sólo el propósito cualitativo de la empresa, sino la medición exacta de estos aspectos. Como una demanda lógica de la sociedad, pero especialmente de inversores y reguladores. Como un ejercicio de transparencia que unifique criterios y pueda verificar que el compromiso ya no se basa definitivamente en un ejercicio de marketing y “buenismo”. Iniciativas internacionales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y los estándares GRI o SASB, junto a algunas directivas europeas, fijan aún más la idea ya sólida de que el fin último de la

Por eso hoy hablamos de la creación de valor compartido, de cómo una empresa, en el ejercicio de su actividad, crea valor en su entorno



RESUMEN

El autor analiza el papel de las empresas en el desarrollo de los países, afirmando que son uno de los motores principales del bienestar. Además, se destaca que el impacto de la acción de la empresa va mucho más allá de la creación de valor económico, lo que ha impulsado el movimiento Environmental, Social and Governance (ESG) como base de la sostenibilidad de una empresa y como visualización de su contribución a la sociedad. También se menciona la importancia de que las empresas tengan un propósito claro y conecten con la sociedad en general. Por último, se destaca el desafío global que enfrentan las empresas, desde el cambio climático hasta la disrupción tecnológica, y la necesidad de que las empresas comprendan el entorno y se posicionen de manera adecuada para lograr su valor y valor compartido.

Palabras clave

Responsabilidad de las empresas, Desarrollo de los países, Sostenibilidad.

Es obligación de las empresas comprender el entorno con sus complejidades para poder acertar con su posicionamiento, con el desarrollo de sus capacidades y, en suma, conseguir su valor y su valor compartido



empresa es construir un futuro para las generaciones que vienen por detrás.

Un buen ejemplo del esfuerzo por comprender el entorno, encajarse en las tendencias de sostenibilidad y convertirlo en oportunidad es el Observatorio de Sostenibilidad del Circulo de Empresarios. Dado que la UE ha elegido un modelo de crecimiento basado en sostenibilidad hay que estar muy atentos a toda la normativa que nos viene de Bruselas, a su trasposición y ser capaces de emitir recomendaciones de índole práctico para que su adopción sea una ventaja competitiva de las empresas y una oportunidad para nuestro país.

Si bien es oportuno, y además motivo de orgullo, poner en valor que hoy en día la empresa española obtiene una nota por encima de la media europea en los aspectos ambientales, una nota en la media en los aspectos sociales, y una nota por debajo de la media en cuanto a la Gobernanza. Calificación que, con toda probabilidad, será impecablemente corregida en cuanto se adecuen los órganos de gestión a estas cuestiones.

La obligación moral de ser inteligente

Necesitamos comprender que la sostenibilidad no es una moda, sino una oportunidad de multiplicación de las capacidades de la empresa y de su contribución. Oportunidad que repercute en un mundo mejor y en una sociedad mas justa. Y estamos obligados a ser inteligentes, a trabajar en la huella de las em-

presas entendiendo que ese es mejor sustrato de progreso para todos. Como estamos obligados a colaborar inteligentemente evitando antagonismos absurdos. Se trata de comprender que la prosperidad futura necesita la acción de las empresas, así como las empresas deben entender que su actitud responsable, coherente con su propósito es la mejor garantía de futuro para ellas y para todos.

Y esta inteligencia ha de traducirse en tareas para todos. Las empresas deben anticiparse formando a su personal, desarrollando habilidades acordes con el desafío de la sostenibilidad; conviene que en sus consejos incorporen tanto esta visión como la comprensión de sus implicaciones; deben también ir preparando la compañía para que la regulación asociada no sea un costoso lastre añadido a última hora.

Este esfuerzo de las empresas ha de tener su contrapartida en los poderes públicos. Sería necesario alumbrar políticas públicas de incentivación y promoción de la sostenibilidad, huir de complejidades innecesarias para evitar una fragmentación del mercado interior que restaría competitividad y añadiría costes incrementales a la hora de trasponer nuevas normativas provenientes de la Unión Europea.

Y, sobre todo, esta inteligencia ha de traducirse en un enfoque inteligente de la colaboración público-privada, pues, qué duda cabe, solo existirá un futuro y de todos nosotros depende que sea el mejor de los posibles. ●

ABSTRACT

The author examines the role of companies in the development of countries, and argues that they are one of the main driving forces in well-being. He also points out that the impact of a company's actions goes far beyond the creation of economic value, which has driven the Environmental, Social and Governance (ESG) movement as the basis of a company's sustainability and as a means to display its contribution to society. The importance of companies having a clear purpose and a connection with society in general is also discussed. Finally, consideration is given to the global challenges facing companies, ranging from climate change to technological disruption, as well as the need for companies to understand their environment and position themselves appropriately in order to achieve their value and shared value.

Keywords

Corporate responsibility,
Development of countries,
Sustainability.

CENTROLINEA



**UN VIAJE
EXTRAORDINARIO
EL EFECTO ESPEJO DE LOS OCÉANOS**

19 MAYO > 17 SEPTIEMBRE | ENTRADA GRATUITA

centrocentro.org

 | MADRID



GEORREFERENCIACIÓN

Los notarios **Enrique Brancós** y **Javier Micó** se cuestionan la importancia de las coordenadas de referenciación geográfica en el Registro de la Propiedad. En la primera colaboración se debate sobre la discrepancia cartográfica entre linderos y paredes en una segregación de fincas, mientras que en la segunda, se cuestiona el rechazo de la inscripción parcial de un edificio argumentando la ausencia de coordenadas. Ambos casos ponen en tela de juicio el papel de estas coordenadas en la delimitación de la propiedad, planteándose soluciones como la intervención del Catastro o la adecuación gráfica a la realidad inmobiliaria.

COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO

Comentario de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de enero de 2023



Enrique Brancós Núñez
Notario de Girona

Los hechos

El recurrente, para proceder a la segregación de una finca en una escritura de aceptación de herencia y adjudicaciones, aporta una georreferenciación alternativa con el correspondiente informe catastral de validación técnica. La representación gráfica catastral de la finca matriz, es decir, los lindes exteriores y la cabida en el Catastro, que es superior a la registral, no varían y se corresponden con la de la pertinente licencia de segregación emitida por el Ayuntamiento. Es más, en la calificación de la registradora se dice *que han solicitado,*

previa medición topográfica de la finca, la pertinente Licencia del Ayuntamiento de Gijón, la cual les fue concedida. Pero, tras analizar la representación gráfica con la ortofoto del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea vigente, la registradora observa cierto desajuste entre el trazado de los linderos de la georreferenciación y la pared que delimita ambas propiedades. Ante la duda, decide iniciar un procedimiento del artículo 199 LH siendo la diferencia de cabida de un 5,32%, inferior, por tanto, al 10. La actuación de la registradora pasa necesariamente por no admitir de entrada la presunción de



La actuación de la registradora pasa necesariamente por no admitir la presunción de exactitud del Catastro

exactitud del Catastro y se fundamenta esencialmente en que el alta catastral de las dos nuevas fincas catastrales-matriz y resto en terminología registral no ha sido notificada a los vecinos. Notificación que parece innecesaria puesto que no se alteran los lindes conjuntos de la representación catastral gráfica.

Previamente a la inscripción, el titular registral había solicitado una alteración catastral que no afectaba a los lindes de los vecinos que luego presentarían alegaciones salvo sólo en un vial que se cedió al Ayuntamiento y que queda confirmado, obviamente, con la Licencia de segregación precedida de medición topográfica a que hace referencia la registradora. Repara la registradora en la desaparición de un regato que figuraba en la descripción literaria registral con la expresión *mediante regato* sin que se diga si es medianero o es un accidente dentro de finca propia.

Ante las alegaciones presentadas, junto con unos planos topográficos no validados, por tres vecinos dentro del procedimiento del artículo 199 LH,

LA OPINIÓN GEORREFERENCIACIÓN

decide suspender la inscripción para, como dice la Resolución, *decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada o soluciones transaccionales entre los colindantes*. El cuarto alegante confirma abiertamente la pretensión del promotor del expediente.

Aclara la propia Resolución: *“Antes de resolver el recurso, observada la realidad física, se observa que todas las fincas implicadas están perfectamente determinadas y delimitadas por vallados construidos y una cubierta vegetal, por lo que ninguna perturbación de hecho se ha producido en las fincas. Por lo que la controversia es solamente técnica o cartográfica, relativa a si la georreferenciación alternativa presentada se ajusta o no a la realidad”*. Es decir, nos hallamos frente a un debate que no afecta a la finca real sino a la representación topográfica.

Argumenta el requirente: *“...la Registradora no debió abrir un procedimiento conforme al artículo 199 LH cuando el Catastro ya estaba modificado con anterioridad, representando la división física de las parcelas resultantes de la segregación, la 04 (2.023 m².) y la 48 (998 m².) El trámite de audiencia, esto es, el traslado a los colindantes no era necesario. Lo que se pretende es la inscripción de una base gráfica que ya estaba perfectamente representada en el Catastro”*. Aunque coincido con este argumento, lo dejaré de lado para centrarme en los “efectos colaterales” de la apertura del procedimiento del art. 199 LH.

De las alegaciones de tres de los cuatro alegantes cabe destacar alguna frase bastante reveladora:

- *“...me albergan dudas sobre si el exceso de cabida que se pretende inscribir invade el camino, el regato, o mi finca, lo que daría lugar a una doble inmatriculación.”* Parece poco serio que el alegante en lugar de concretar la alegación a su linde no sepa donde situar el exceso, citando tres posibilidades.
- *“...si la cabida pretendida se debiera (utilizando el verbo en potencial, como mera conjetura) a errores de medición de la finca matriz la super-* ➡

La decisión que adopta el Catastro debe ser aceptada por el Registro entre otras razones porque goza de mayores medios de comprobación in situ

RESUMEN

En la resolución analizada se discute la segregación de una finca en una escritura de aceptación de herencia y adjudicaciones. La registradora observa cierto desajuste entre el trazado de los linderos de la georreferenciación y la pared que delimita ambas propiedades, lo que ha llevado a iniciar un procedimiento del artículo 199 LH. Se trata de una controversia técnica o cartográfica que no afecta a la finca real sino a la representación topográfica.

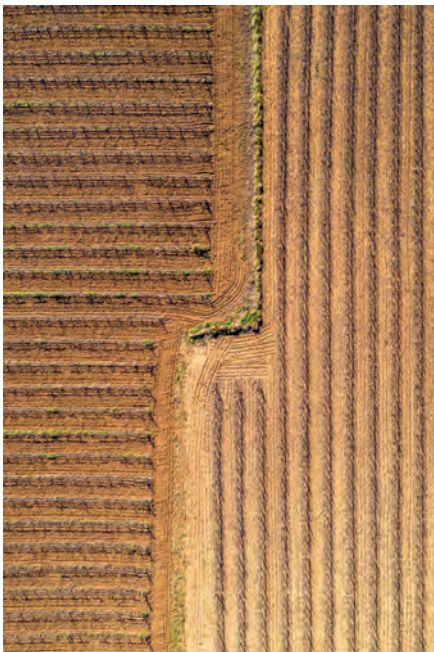
El autor critica que se plantee que la inscripción de coordenadas en el Registro de la Propiedad es un pronunciamiento jurídico que define la delimitación del objeto sobre el que recae la propiedad inscrita. Según el autor, esto supone un artificio que va en contra del principio de igualdad de armas procesales y de los derechos de los colindantes.

Finalmente se proponen dos soluciones: que el Catastro fije las fincas mediante su representación gráfica y el Registro les aplique los derechos, o que el Registro publique la discrepancia y el Catastro proceda a adecuar la descripción gráfica a la realidad inmobiliaria.

Palabras clave

Catastro, Registro de la Propiedad, Discordancias.

El mundo al revés. La realidad no determina la descripción de la finca sino la descripción registral determina la realidad



ficie que exceda de la superficie que en su día fue adquirida por la promotora del expediente conllevaría un perjuicio para los titulares de las otras fincas resultantes igualmente por segregación de la finca matriz". Es decir, lo que se pretende no es la delimitación exacta de la finca, cuya mayor cabida no se sabe dónde ubicar por los alegantes, sino obtener una compensación de un supuesto perjuicio.

Hay que añadir:

- que tras la cesión del vial al Ayuntamiento y la fijación del límite de la calle, la finca matriz queda con una cabida superior a los 3.000 m² lo que permite la segregación de una parcela para la construcción de una segunda vivienda.
- que los planos cartográficos que se aportan por los alegantes ni siquiera se han validado contra Parcelario Catastral.

Relaciono estas manifestaciones con mi experiencia como notario y me vienen a la memoria unas alegaciones de un vecino completamente infundadas con las que “presionaba” para que se le autorizara una ventana en un patio común y otro caso que se cerró con una “compensación” de 35.000 euros para el alegante porque el titular registral no podía permitirse el retraso que comporta un declarativo ordinario con sus correspondientes recursos. Basta la animadversión de cualquier vecino para que el 199 LH se convierta en una trampa saducea.

El resumen para el ciudadano recurrente en la resolución que nos ocupa está claro. No habiendo perturbación de hecho, la controversia técnica o cartográfica le comporta que no podrá ver su finca inscrita en tres o cuatro años. Ya lleva uno. Si tenía que hipotecarla o venderla para pagar el Impuesto sobre Sucesiones está atrapado. Al final, la **superposición de planos que hace la registradora** (sic en la Resolución) con el plano catastral, la ortofoto y las cinco descripciones gráficas alternativas de los técnicos del recurrente y de los cuatro vecinos, aparca la finca hasta el resultado del pleito por una **controversia técnica o cartográfica**. Será el juez en

fase de prueba quien acabe pisando la finca real para decidir.

Desde un punto de vista funcional vemos dos presunciones de exactitud de dos oficinas públicas que no se respetan entre sí. Unicidad contra estanqueidad de los organismos del Estado. Ninguna Administración moderna se construye sobre el principio de estanqueidad.

Desde el punto de vista del contribuyente se aprecia que el insólito sistema español de coordinación Catastro-Registro supone un triple coste: el de las bases gráficas catastrales, el de las literarias y gráficas registrales y el de coordinación entre ambas. La gran mayoría de Estados modernos resuelve el problema estableciendo una división del trabajo: el Catastro identifica gráficamente la finca sobre el terreno y el Registro le aplica los derechos.

Caben, con todo, soluciones menos traumáticas. Antes de la Ley del año 2015, es decir, antes de la actual coordinación entre Registro y Catastro, se había repetido hasta la saciedad que el sistema registral español era el mejor del mundo. Y lo cierto es que los problemas que derivaban de la delimitación real de las fincas no eran más que los actuales sino menos. Si hasta hoy hemos podido convivir razonablemente sin la coordinación, hay que concluir que la publicidad registral no se vería mermada si en los casos en que surja una dispar identificación topográfica se abriera un trámite de adecuación que no interrumpiera la inscripción. El Registro se limitaría a publicitar la disparidad que se debate poniendo de manifiesto los diferentes planos y el adquirente podría decidir si asume o no el riesgo de la discutida identificación de la finca. En muchos casos, como el presente, no tendría inconveniente alguno en seguir adelante puesto que *todas las fincas implicadas están perfectamente determinadas y delimitadas por vallados construidos y una cubierta vegetal, por lo que ninguna perturbación de hecho se ha producido en las fincas*. Y de paso mejoraría la percepción ciudadana del Registro, que pasaría a ser un organismo coadyuvante y no obstativo.



Por otra parte, queda pendiente de definir lo que se entienda por **plenos efectos jurídicos**. ¿Acaso los del artículo 34 LH, cuando algunos procedimientos no comportan notificación alguna, otros se notifican cuando ya se ha practicado la inscripción, otros se solventan sin notificar a los titulares de otros derechos reales sobre la finca y todos pueden resolverse por el registrador a pesar del silencio del colindante?

La siguiente pregunta es ¿hasta dónde llega la **salvaguardia de los Tribunales**? No sólo no es posible fundamentar en el expediente del artículo 199 LH unos plenos efectos del artículo 34 LH, sino que sería incluso contrario al principio de igualdad de armas procesales que un colindante ausente se viera compelido a defender su titularidad en un juicio declarativo simplemente porque el vecino aprovechó su ausencia. Este colindante -que tiene igual derecho a ver su finca protegida por el Registro de la Propiedad que el promotor del expediente- quedaría desposeído por el mismo Registro. Paradójicamente, tendría mejor protección un colindante que, siguiendo el principio de voluntariedad de la inscripción, no inscribe su finca y, por tanto, no se le notifica.

La razón del intento doctrinal de priorizar el metaverso frente a la realidad deriva de que el registrador, a diferencia del Catastro, no puede actuar de oficio ni verificar los datos sobre la finca real mediante su inspección. Sólo el Catastro en el procedimiento de subsanación de discrepancias del artículo 18 de la Ley del Catastro Inmobiliario puede concordar la descripción gráfica con la **realidad inmobiliaria**. La Resolu-

Estado de la coordinación a la vista de la Resolución

Aparte de este antieconómico resultado final, algunas afirmaciones vertidas a lo largo de la Resolución merecen un comentario. Los textos de la Resolución se reproducen en negrita y/o cursiva.

“La inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne que tras los procedimientos, trámites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae la propiedad inscrita”.

En palabras de la registradora: ***“... con la inscripción de la representación gráfica se puede alterar la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral...”.***

El mundo al revés. La realidad no determina la descripción de la finca sino la descripción registral determina la realidad. Se trata de un artificio que ya puse de manifiesto en mi artículo “La finca registral como metaverso” publi-

cado en EL NOTARIO DEL SIGLO XXI, número 105, septiembre/octubre 2022 al que me remito. La finca ha sido y sigue siendo una circunstancia de hecho, no un pronunciamiento jurídico del registrador exceptuado de la presunción de exactitud del Catastro (art. 3 LCI).

Olvida la DGSJFP que cuando se modifican los lindes de una finca se están modificando al mismo tiempo los lindes de las colindantes igualmente protegidas por los asientos del Registro y tal modificación sólo puede tener lugar por consentimiento expreso de las partes o por resolución judicial.

Sólo el consentimiento de los titulares registrales o la sentencia judicial pueden definir fincas, no el registrador. Lo reconoce así explícitamente la Resolución en el FD 13º al decir ***“el promotor podrá proceder al deslinde del artículo 200 LH... también puede los interesados acudir al acta de conciliación del artículo 103bis de la Ley Hipotecaria... o a la vía arbitral... Y en último término siempre quedará expedita la vía judicial...”.*** Así resulta también del artículo 40, d) LH que sólo admite la rectificación por consentimiento expreso del titular afectado o resolución judicial.

Las fincas sólo se pueden definir con efectos frente a terceros por voluntad expresa de de las partes o por sentencia judicial. No se puede perder de vista el artículo 40, d) LH. Los procedimientos catastrales y registrales, incluido el del artículo 199 LH, sólo nos proporcionan meras aproximaciones a la realidad revisables en los Tribunales

ción Circular de 2021, al desarrollar el procedimiento de subsanación de discrepancias del artículo 18.2 LCI, oculta esta carencia tras la cortina de humo de la “discrepancia gráfica”, antes denominada con mayor propiedad “discrepancia geométrica” en la Resolución-Circular de 2020. La Resolución Circular, apdo. 6º.1, define la *discrepancia gráfica* como “la existencia de diferencias en lo referente a la superficie, configuración y dimensiones perimetrales entre el inmueble en la cartografía catastral respecto a una representación realizada por un técnico, una representación gráfica incorporada a un documento administrativo, una cartografía oficial que delimite dominio público o una ortografía del PNOA”. No es eso. Radicalmente no. El procedimiento subsanación de discrepancias del artículo 18 LC no tiene por finalidad la **superposición de planos** sino, tal como dice literalmente, *la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria*, debiendo proceder incluso de oficio cuando detecta la discrepancia. Y para resolver dicha discrepancia, la Circular del Catastro 05.03/2006 de 27 de abril sanciona: “Como fuentes de información pueden citarse, a título indicativo, las comprobaciones realizadas sobre el terreno, ...”. Conforme al artículo 18 LC, el Catastro no superpone planos, los comprueba sobre el terreno.

Y, no para aquí la cosa, para rebajar la función catastral frente a la del registrador, la Resolución que comentamos se atreve a decir -como veremos en el siguiente punto- que sólo el registrador controla la legalidad en el campo inmobiliario y que el registrador no tiene que seguir la presunción de exactitud del artículo 3 de la LCI a efectos regis-

trales. Con esta afirmación la DGSJFP se salta tanto el sistema de intercambio de información bidireccional a que alude la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015, como la presunción de exactitud del Catastro. Si admitimos la recíproca, es decir, que la presunción del Registro puede ser desconocida por el Catastro, se acabó aquí la coordinación. Volveremos sobre este punto.

Cuanto más planos se superpongan más probable será que no coincidan. El siguiente paso, como el registrador no puede actuar sobre el terreno para conocer la realidad, es dar entrada a los colindantes para que le cuenten “su realidad”. Hasta que sea el juez quien pise la finca y fije “la realidad”. Y si los colindantes callan, el registrador simplemente inscribirá una descripción igualmente atacable en los Tribunales porque al silencio del colindante no se le puede dar el valor de consentimiento. Es obvio que falla el sistema. Complicado, impreciso, insuficiente, lento y conflictivo. Dar prioridad a la “finca metaverso” no puede ser la solución. Sólo se genera una presunción inatacable cuando hay resolución judicial o consienten expresamente todos los colindantes. En los

demás el resultado es una presunción de exactitud débil. Para este viaje no hacen falta tantas alforjas.

Toda Europa va por otro lado. La descripción gráfica la define el Catastro en base a la finca real (no es necesario acudir al metaverso). El registro pone los derechos. Ni Francia, ni Alemania ni los Países Bajos han tenido el calvario de nuestra ley 13/2015, con más de 500 resoluciones a sus espaldas que van creando derecho sobre la marcha con constantes cambios de rumbo. Uno de los países que más retrasado iba en el tema de adecuación del Catastro era Italia. El DL 1º Iuglio 2010 lo resolvió sencilla y eficazmente:

- En los actos notariales hay que incluir la planimetría catastral con una *dichirazione de conformita*.
- O, alternativamente, una *attestazione de conformita* por técnico habilitado con su correspondiente plano.
- El notario ha de comprobar que coinciden el propietario registral y el catastral.
- En caso de disconformidad se comprueba la planimetría aportada *sopralluogo dell’immobile* (mediante inspección del inmueble).



La propia Resolución deja claro que en el supuesto analizado la controversia es solamente técnica o cartográfica, sin existir problema de fondo porque todas las fincas implicadas están perfectamente determinadas y delimitadas por vallados construidos y cubierta vegetal

Volviendo a España, lo grave es que la DG de los registradores da al traste con la coordinación. El Catastro tiene la misión de ser fiel a la realidad. Lo dice claramente el artículo 18 LCI: “...concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria...”. En cambio, la argumentación registral parece pretender que sea la realidad la que se pliegue a la construcción ideal (el metaverso de finca) del Registro. ¿Quién dijo coordinación?

Y siguiendo la DG en la misma línea: **“El alta del Catastro no produce ningún efecto jurídico, al carecer el Catastro de la función del control de la legalidad, que en el campo inmobiliario corresponde a los registradores de la propiedad, al ejercer su función de calificación registral”...** **“el alta en el Catastro de una subsanación de discrepancias al amparo del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario no produce efecto regis-**

tral alguno, si presentado el correspondiente título en el Registro, no se produce la inscripción, al calificar negativamente el registrador la rectificación de la descripción y la inscripción de la georreferenciación, una vez valoradas las alegaciones de los colindantes afectadas”.

Los funcionarios del Catastro, no son unos irresponsables que operan sin control de legalidad. El procedimiento de subsanación de discrepancias del artículo 18 LCI está reglado e impone la comunicación a los interesados para evitar cualquier posible indefensión. Siempre hay que indagar la verdad y a buen seguro que es lo que pretendió la registradora al notificar a los colindantes para evitar lo que considera posible indefensión, pero sólo el Catastro es competente para averiguar sobre el terreno la realidad de la finca y si los planos obedecen o no a dicha realidad, lo que en el caso presente ya hizo al delimi-

tar la finca matriz. Si las segregadas no alteraban la representación catastral -lo que ya contrastó el Catastro teniendo a la vista la anterior descripción gráfica, la ortofoto y su inspección de la realidad- y el Catastro decidió al final que no había terceros afectados y no procedía la comunicación, no cabe que lo ponga en duda el registrador so pretexto de que la calificación a los efectos registrales se lo impone. Lo que obtiene el registrador son meramente indicios, como delata el apdo. 3º.5 de la Resolución conjunta de 2020: **“Cuando se trate de contrastar mediante indicios la representación gráfica catastral y la resultante el recinto foto-interpretado sobre ortografía del PNOA u otras cartografías oficiales que delimiten el dominio público...”**. El registrador utiliza lo que se denominan fuentes secundarias de las que saca indicios. En cambio, el Catastro utiliza fuentes primarias de las que obtiene certezas: la inspección de la finca, con posibilidad

ASOCIACIÓN DE PERITOS de la Comunidad de Madrid



- Profesionales en todas las disciplinas.
- Peritos con todos los requisitos legales y titulación oficial.
- Idoneidad para actuaciones en jurisdicción voluntaria por designación notarial.
- Profesionales con amplios conocimientos jurídico-procesales.
- Control deontológico y disciplinario de todos los profesionales.
- Capacidad, responsabilidad, rigor profesional y credibilidad en los dictámenes.

de levantar planos *in situ*, que complementa con todos los antecedentes históricos descriptivos y gráficos catastrales, la ortofoto del PNOA que, no lo olvidemos, genera el Catastro y no el Registro, los planos urbanísticos y demás oficiales. Parte de la **realidad inmobiliaria** para ir a los planos y no al revés. La decisión que adopta el Catastro debe ser aceptada por el Registro entre otras razones porque goza de mayores medios de comprobación *in situ*.

Por otra parte, el posible *supuesto de indefensión* también afectaría a las notificaciones que efectúa el registrador por cuanto los colindantes pueden ser distintos de los que figuran en el Registro (únicos a los que notifica el registrador) por haber adquirido su derecho en documento privado, hallarse una escritura en trámite, una herencia pendiente, estar ausente el notificado, o existir titulares derechos reales sobre la finca a los que la LH no obliga a notificar. O, lo que sucede cada día, que los colindantes no están actualizados porque el Registro no tiene mecanismo para ello.

Y es inevitable preguntarse: ¿porqué hemos de tener en cuenta una descripción literaria registral insuficiente y la superposición de unos planos extrarregistrales que sólo proporcionan “*indicios de un recinto foto-interpretado*” en lugar de hacer lo que permite al Catastro el artículo 18.1 LCI que es, simplemente, inspeccionar la finca para adecuarla a la **realidad inmobiliaria**? ¿por qué mantenemos unos procedimientos que generan tanta conflictividad y que, al final, acaba decidiendo un juez tras la inspección de la finca y no empezamos por que la inspeccione el Catastro?

Si ha sido escrita por un equipo de registradores, la afirmación de que sólo el registrador tiene el control de la legalidad en el campo inmobiliario es como mínimo inmodesta y petulante. Y, en cualquier caso, incierta. En el caso que nos ocupa es posible, además, que la actuación registral, vistas algunas alegaciones, acabe dando pie a un mero chantaje sin conexión con la verdad porque, como concluye el cuarto ale-

gante: *Como elemento separador de las parcelas se encuentra un muro bien definido, motivo por el cual, la medición de la parcela colindante no supone en ningún caso la modificación de la realidad física de nuestra parcela, ni tampoco supone modificación de la superficie gráfica de la parcela.*

Tiene más sentido priorizar la información catastral puesto que el Catastro maneja los mismos datos (de hecho la cartografía y la ortofoto son suyas) y además tiene la competencia de visitar la finca y levantar planos *in situ*.

Tampoco se tiene en cuenta un problema básico de información del consentimiento. Un colindante sólo puede pronunciarse con exactitud sobre los planos que se le presentan si tiene conocimientos de topógrafo o se vale de uno experimentado que inspeccione la finca real y la contraste con la modificación propuesta. Y si son muchos colindantes, cada cual precisará el suyo. Para llegar a este punto es más seguro, rápido y barato el sistema suizo en que un único funcionario ingeniero topógrafo se sitúa en la finca y levanta los planos con los vecinos. Se obtiene así un plano único y definitivo que vale a todos los efectos y organismos públicos: registrales, urbanísticos, fiscales, medioambientales. El artículo 18 LCI se aproxima más a esta solución.

En resumen

La norma de concordancia acaba creando un problema donde no lo había. La propia Resolución deja claro que en el supuesto analizado *la controversia es solamente técnica o cartográfica*, sin existir un problema de fondo porque *todas las fincas implicadas están perfectamente determinadas y delimitadas por vallados construidos y una cubierta vegetal, por lo que ninguna perturbación de hecho se ha producido en las fincas*. Lamentablemente la consecuencia de este debate bizantino es que el promotor de la inscripción se verá abocado a un declarativo que puede durar tres o cuatro años, con su correspondiente coste y sin poder disponer de la finca en todo este tiempo por tener impedido el acceso al Registro. De

momento ya lleva perdido un año. Basta con imaginar un edificio de viviendas de nueva planta con contratos de venta por cumplir y unos compradores con hipotecas que constituir para darse cuenta de la dimensión del problema.

Dejemos la finca en el terreno de los hechos y no de las calificaciones jurídicas

La actual deriva de la coordinación:

- No aporta más seguridad jurídica en el intento de lograr *la concordancia entre la descripción registral de los inmuebles y la realidad inmobiliaria*. Al contrario, es previsible una creciente judicialización del derecho de propiedad, como lo prueba el ingente número de recursos ante la DG.
- Supone un cuestionamiento, casi una desacreditación, de la función del Catastro en su misión de verificación sobre el terreno de *la realidad inmobiliaria*.
- Comporta un sobrecoste administrativo que sólo se resolvería con una verdadera integración organizativa y funcional del Catastro y del Registro.
- Provoca una subversión de los principios generales que rigen el derecho privado en materia de propiedad inmobiliaria en base a un elemento meramente auxiliar como es la planigrafía.

Las fincas sólo se pueden definir con efectos frente a terceros por la voluntad de las partes o por sentencia judicial. No se puede perder de vista el artículo 40, d) LH. Los procedimientos catastrales y registrales, incluido el del artículo 199 LH, sólo nos proporcionan meras aproximaciones a la realidad revisables en los Tribunales. El registrador, mediante la superposición de planos y la consulta a colindantes que pueden decir la verdad, mentir, o simplemente callar, no puede crear fincas registrales. Dejemos la finca en el terreno de los hechos y no de las calificaciones jurídicas. No hay control

de legalidad, sino de veracidad. Y aún aproximada hasta que no medie un consentimiento expreso o una sentencia judicial.

Para llegar a esta aproximación no se precisa tanta complicación. Ya hemos visto el caso de Italia. En Francia la finca se define gráficamente en el Catastro y los derechos se publican en el Registre Foncier. La escritura se remite simplemente a los datos catastrales. Con el sistema tele@ctes el Registre Foncier vuelca directamente los datos de la escritura electrónica e inscribe en dos días. En Holanda el Kadaster define las fincas mediante la cartografía catastral desde su fundación hace ya 150 años y con el sistema KIKACTE inscribe los títulos notariales presentados en dos días por un sistema similar. Comparando ¿puede sorprender a alguien que algunas empresas españolas se trasladen a Holanda?

A la vista de los efectos colaterales, las disfunciones que presenta el procedimiento de coordinación, y la perversión de algunas interpretaciones, caben dos soluciones:

- La del resto de países de nuestro entorno menos España: que el Catastro fije las fincas mediante su representación gráfica y el Registro les aplique los derechos. Lo propio de una Administración moderna es el principio de unicidad. La idea de estanqueidad de los diferentes organismos del Estado

es más que anticuada y disfuncional. Respecto a representación gráfica de las fincas sólo puede haber una presunción de exactitud y debe corresponderse con la realidad, no con otros planos. Para conseguirlo las herramientas las tiene el Catastro. Es el desarrollo del artículo 18 de la Ley del Catastro Inmobiliario con todas sus consecuencias.

- Que el Registro publique la disparidad descriptiva que se debate poniendo de manifiesto a través de la publicidad formal las representaciones gráficas disconformes pero sin interrumpir el tráfico inmobiliario. El adquirente decidirá si asume o no el riesgo de la discutida identificación de la finca. Ello no obsta para que el Registro comunique la discrepancia al Catastro que, cumpliendo con la función encomendada por el artículo 18 de la Ley del Catastro Inmobiliario, procederá de oficio a adecuar la descripción gráfica a la realidad inmobiliaria. Es lo que ya dispone la Ley 13/2015 respecto de las fincas contiguas a dominio público no deslindado o cuando hay giro o desviación de la cartografía. En ambos casos el Registro se limita a advertir las posibles consecuencias del deslinde o la corrección.

Para concluir sólo queda deshacer un entuerto. Lo que es objeto de dere-

cho no es la finca registral ni la catastral. El objeto de derecho es la finca real. La que se compra, se vende y se vive. El Registro se remite a ella, siendo la descripción registral un mero reflejo, representación o trasunto de la realidad. Una aproximación al objeto pero no el objeto mismo. ●

ABSTRACT

The ruling studied in this article focuses on the subdivision of a property in a deed of acceptance and vesting of inheritance. The registrar found some inconsistencies between the georeferenced boundary lines and the wall which acted as the boundary between the two properties, which led to proceedings under the provisions of article 199 of the Mortgage Law. This is a technical or cartographic issue, which does not affect the actual property, but instead how it is represented topographically.

The author is critical of the concept that the registration of coordinates in the Land Register is a judicial ruling that defines the boundaries of the object to which the registered property is related. According to the author, this runs counter to the principle of equal footing and the rights of the neighbouring parties.

Finally, two solutions are proposed: either the Land Register could establish the boundaries of the properties using their graphic representation and the Land Registry Office could apply the rights to them, or the Land Registry Office could publish the discrepancy and the Land Register could then adjust the graphic description to the real situation of the property.

Keywords

Land Register, Land Registry Office, Discrepancies.



JUICIO CRÍTICO SOBRE LA RESOLUCIÓN DGSJFP DE 17 DE ENERO DE 2023: FINAL DE OBRA PARCIAL Y GEORREFERENCIACIÓN¹



Javier Micó Giner
Notario de Sabadell
(Barcelona)

La Resolución de la DGSJFP de 17 de enero de 2023 se enfrenta a un problema frecuente en la práctica: la declaración de finalización parcial de algunos elementos privativos de edificios que constan en el Registro en construcción, como reminiscencia de la última crisis inmobiliaria.

Ya anticipamos que, en realidad, entendemos que o no resuelve el problema o que, de resolverlo, lo habría hecho de forma ineficaz e ineficiente.

Los argumentos de la DG

Los argumentos de la DG se pueden sintetizar así:

- 1º El tenor literal del art. 202 LH.
 - 2º Su propia interpretación: “... «la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la ley hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que “cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique” ...”.
- Este fundamento se basa en que para saber si la “huella” de la edificación está dentro de la finca no basta con la **operación aritmética** de comproba-



ción de que cabe (así, cabrá siempre que la superficie de la huella sea menor que la de la finca), sino que, además, es posible que el registrador necesite cuando tenga duda fundada realizar la **comprobación geomé-**

trica de que la edificación se ubica dentro de la finca. Esa comprobación, dado que la huella se determina por georreferencias, puede exigir, a su vez, la georreferenciación de la propia finca.

¹ Este artículo es un breve resumen del comentario de la resolución que se enmarca en la tesis por compendio de publicaciones dirigida por Judith Solé Resina, Facultad de Derecho de la UAB.

RESUMEN

Presentado en el Registro el documento público solicitando la constatación registral de la finalización parcial de un edificio en su día declarado en construcción solo respecto de algunos elementos privativos, el registrador deniega la inscripción basándose en que “No se aportan las coordenadas de referenciación geográfica de la edificación que permitan la identificación de la porción de suelo ocupado por la misma”, citando como único fundamento la dicción literal del art. 202 LH.

El recurrente argumenta (1) que “*tal exigencia ha de entenderse referida a la declaración de obras nuevas terminadas en su conjunto, que se incorporarán a la cartografía catastral..., pero no a la terminación de elementos independientes integrados dentro de una propiedad horizontal*”; (2) y que la Resolución de 19 de abril de 2016 ya indicaba que la georreferenciación de la huella de la edificación “*sólo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada*”. Por tanto, como la edificación en su conjunto no está terminada, no procede tal exigencia.

Quien resuelve el recurso (es imposible saber quién es porque en este punto la DG considera no aplicable la Ley de procedimiento administrativo²) exige la georreferenciación de la porción de suelo ocupada por la edificación incluso en este supuesto de solicitud de fin de obra solo de algún elemento privativo, con la excusa de que estaba terminado todo el edificio.

Palabras clave

Registro, Georreferenciación, Terminación parcial.

Presentado en el Registro el documento público solicitando la constatación registral de la finalización parcial de un edificio en su día declarado en construcción solo respecto de algunos elementos privativos, el registrador deniega la inscripción y exige la georreferenciación de suelo y edificación al propietario de dichos elementos

3º En el caso concreto, como quiera que se incorporaron al instrumento público certificados que acreditaban la finalización completa del edificio, no se está en un supuesto de edificio en construcción.

4º Concluye, “*El hecho de que el interesado sólo pida la constancia registral de la terminación respecto de determinados elementos privativos no altera la conclusión anterior*”.

La crítica a los argumentos de la Resolución

En el trabajo que resumimos tratamos la endeblez de estos argumentos. El art. 202 LH no dice cuándo se debe georreferenciar; desde luego no exige georreferenciar el suelo, exigencia que se impuso con la Resolución-circular de 3 de noviembre de 2015 nunca publicada en el BOE; el principio de rogación queda laminado; se impone a cada copropietario individual que desee dejar constancia de la terminación de su elemento privativo y de los elementos comunes, la obligación de georreferenciar, asumiendo costes y obrando con una legitimación bien dudosa; podrán surgir conflictos si cada sucesivo propietario que solicita la constancia de su elemento aporta georreferencias distintas ...

La cuestión no sería tan sangrante si, en cuanto a coste registral, alguien respetase la Sentencia del Tribunal Supremo 354/2021, 12 de marzo de 2021, Sala Tercera de lo contencioso-administrativo, objeto de general inaplicación.

Las distintas posiciones registrales

Las posiciones de distintos Registros ante el mismo supuesto de hecho están bien alejadas. Citamos algunas totalmente distintas en su enfoque.

- 1ª Nunca procede georreferenciar elementos privativos. La descripción gráfica del elemento privativo se toma del proyecto incorporado al libro del edificio, no se georreferencia. Pero esa no es la cuestión que nos ocupa.
- 2ª Si la obra se inscribió en construcción antes de 2015, no se exige georreferenciación para la constancia de su fin de obra.
- 3ª Aunque la obra se inscriba después, si se acredita su terminación antes de 2015, no se exige la georreferenciación.
- 4ª Si la constatación del fin de obra es por la vía del 28.4 LS no se exige la georreferenciación.
- 5ª Si es una propiedad horizontal tumbada, no se exige georreferenciar el suelo común, sino el del elemento privativo.
- 6ª Consignar las georreferencias solo en el elemento privativo, pero sin iniciar coordinación alguna ni indicarlas en el edificio en su conjunto.
- 7ª Exigir las georreferencias de la huella del edificio y de todo el solar y que todos los gastos los asuma el propietario del elemento privativo de cuya finalización se desee dejar constancia. ➡

² Discrepamos de este criterio, pero no cabe la argumentación en este artículo.

Siendo malas todas las soluciones, ¿cuál debería adoptarse?

La inexistencia de libre elección de Registrador y la independencia de calificación complican una solución homogénea. En todo caso, debe rechazarse la ineficiencia de costes que supone obligar al propietario de un solo elemento privativo (o de varios) a georreferenciar e incorporar al Registro la huella de la edificación y del solar común. Además, difícilmente cabrá considerarle legitimado.

La única solución que vemos factible, no disponiendo de espacio para argumentarla debidamente, es considerar que cuando el edificio ya conste en el Registro y en el Catastro, dado que no nace ahora y no es un supuesto de coordinación obligatoria en la LH, la constancia de final de obra de algunos elementos privativos (y de los elementos comunes) puede ser solicitada por su propietario respectivo al amparo del principio de rogación y sin necesidad de georreferenciación alguna.

O, como mínimo, aplicar esta solución a los edificios que se declararon antes de 2015 o, en el peor de los casos, a los edificios cuya terminación es anterior a 2015.

Para ello bastaría entender que el final de obra se produce en la realidad antes y al margen de su constancia registral, que no es un acto de naturaleza estrictamente registral y que se produjo conforme a la legislación vigente en su momento y no conforme a la vigente al presentarse a inscripción que no puede aplicarse a este caso retroactivamente.

En otro caso, al final, habremos conseguido llegar a la ignorancia sobre los requisitos, los procedimientos, los costes y la forma en que se verán reflejados los documentos públicos en el Registro que es exactamente lo contrario de lo que un sistema de seguridad jurídica preventiva debería procurar.

Limitaciones de espacio, impiden extenderse más³. ●

La resolución, a juicio del autor, o no resuelve el problema o, de resolverlo, lo habría hecho de forma ineficaz e ineficiente



ABSTRACT

When a public document requesting the registration of the partial completion of a building which had previously been declared to be under construction only as regards some limited common elements was presented to the Register, the registrar refused to perform the registration on the grounds that "the geographic referencing coordinates of the building that enable the identification of the portion of land it occupies are not provided", citing the literal wording of article 202 of the Mortgage Law as the sole grounds for the refusal.

The appellant argues (1) that "such a requirement must be understood as referring to the declaration of new works that have been entirely completed, which will be added to the property register map..., but not to the completion of independent elements within a horizontal property", and (2) that the Ruling of 19 April 2016 stipulated that the georeferencing of the building's outline "will only be required in cases where the building is completed". Since the entire building is not finished, this requirement is therefore not applicable.

Whoever rules on the appeal (it is impossible to know who this will be, because the Directorate General considers the Administrative Procedures Law not to be applicable on this point) will require the georeferencing of the portion of land occupied by the building, even under these circumstances.

Keywords

Register, Georeferencing, Partial completion.

³ Se prevé la publicación de una versión extendida de este artículo en la web www.elnotario.com

TEMPORADA 2023



Programación sujeta a cambios



**FERNÁN
GÓMEZ**
CENTRO
CULTURAL
DE LA VILLA

SALA DE EXPOSICIONES

29 ABR - 28 JUL

PICASSO EN FOTO

Archivos del Museu Picasso
de Barcelona



© Sucesión Pablo Picasso, VEGAP, Madrid, 2023

© Lucien Cléguez, VEGAP, Madrid, 2023

PHE23

LA FABRICA

Museu
Picasso

SALA GUIRAU
SALA JARDIEL PONCELA
SALA III

15 - 25 JUN

DANZA EN LA VILLA

LUCÍA LACARRA & MATTHEW GOLDING
LED SILHOUETTE
COMPAÑÍA NACIONAL DE DANZA
ALBERTO VELASCO
COMPAÑÍA ELÍAS AGUIRRE
COMPAÑÍA DANIEL ABREU
SARA CANO COMPAÑÍA DE DANZA
COMPAÑÍA DE SARA CALERO



Ilustración: Raul Alías

teatrofernangomez.com

 MADRID

INTERMEDIARIOS HIPOTECARIOS

La nueva ley de crédito inmobiliario en España ha impulsado la transparencia en las etapas previas a la contratación, con el objetivo de proteger a los prestatarios de cláusulas desconocidas. El notario **Juan Pérez Hereza** analiza los riesgos que para el prestatario pueden producirse en un momento anterior a la formulación de la oferta por la entidad, quizá por la posible participación de intermediarios hipotecarios. Los expertos financieros **Fernando López Herrero** y **Jaime Mariscal de Gante Burguete** analizan más en profundidad la figura de los intermediarios hipotecarios.

¿QUÉ COMPROMISOS ASUMO CUANDO FIRMO UN CONTRATO CON UN INTERMEDIARIO DE CRÉDITO?



Juan Pérez Hereza
Notario de Madrid

La aplicación de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario está demostrando las ventajas que ofrece dotar de transparencia a la fase precontractual, fase en la que los prestatarios van asumiendo compromisos vinculantes que luego son difíciles de deshacer si sorpresivamente se advierte la existencia de cláusulas contractuales no conocidas o cuyos riesgos no habían sido valorados correctamente.

En esta y otras publicaciones se ha expuesto de forma detallada el procedimiento establecido para asegurar la

entrega de una oferta vinculante por parte de la entidad de crédito y que ésta sea comprendida por el prestatario con una antelación suficiente para poder tomar una decisión fundada procediendo a la contratación del préstamo o acudiendo al mercado para buscar una oferta mejor.

Sin embargo, en ocasiones, los riesgos para el prestatario se producen en un momento anterior a la formulación de la oferta por la entidad. Me estoy refiriendo a la posible participación de intermediarios de crédito con quienes el prestatario asume también compro-

LA OPINIÓN INTERMEDIARIOS HIPOTECARIOS

misos contractuales, muchas veces, sin conocer debidamente su alcance.

Esta circunstancia ya fue tenida en cuenta por la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dedica cuatro artículos a los intermediarios de crédito y ha sido completada por la Ley 5/2019 cuyo Capítulo III establece un régimen para dichos intermediarios de crédito con el objetivo de que su actuación sea transparente y los prestatarios estén debidamente informados cuando contratan con ellos.

En primer lugar se define (artículo 4.5) el 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. A continuación se especifican las funciones que puede realizar el intermediario:

- a) presentar u ofrecer a los prestatarios dichos contratos de préstamo (según el artículo 22 de la ley 2/2009 debe presentar al menos tres ofertas vinculantes);
- 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.

En la práctica la mayoría de los que existen en el mercado desarrollan sólo las actividades enumeradas en las letras a) y b), siendo casi inexistentes los casos de actuación en representación del prestamista.

Fijado el concepto de intermediario de crédito la regulación impone que los intermediarios se inscriban en un Regis-



tro creado por el Banco de España. En dicho Registro que se puede consultar gratuitamente de forma telemática¹ se informa de los datos de identidad del intermediario y sus representantes, de las actividades que desarrolla y si actúa en régimen de exclusiva con una o varias entidades de crédito (en este último caso no pueden percibir retribución del cliente). Además se establecen para los intermediarios unos requisitos de honorabilidad, un nivel de conocimientos y la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, todo lo cual está sujeto a supervisión por parte del Banco de España y el órgano competente de la Comunidad Autónoma, concluyendo la ley con un régimen de sanciones.² La existencia de expediente sancionador y la imposición de sanciones está sujeto también a un régimen de publicidad a través de un Registro único establecido por el Banco de España (artículo 49) para asegurar su conocimiento por parte de los eventuales clientes.³ ➡

Los riesgos para el prestatario pueden producirse en un momento anterior a la formulación de la oferta por la entidad cuando participan intermediarios de crédito con quienes el prestatario asume también compromisos contractuales

RESUMEN

La Ley 5/2019 en su Capítulo III establece un régimen para los intermediarios de crédito con el objetivo de que su actuación sea transparente y los prestatarios estén debidamente informados cuando contratan con ellos. La figura del intermediario de crédito, es necesaria, pues presta un servicio necesario para un determinado tipo de personas que obtendrían peores condiciones acudiendo directamente a las entidades. Pero existen determinadas prácticas que generan consecuencias negativas y se deben a un erróneo diseño normativo. La práctica ha demostrado que el peligro no está tanto en que el intermediario cobre del prestamista, cuanto en que el prestatario quede vinculado a los servicios de un intermediario de crédito concreto quedando obligado a aceptar las ofertas que éste le presente o a indemnizarle en caso contrario. En estos casos, no es suficiente la protección que dispensa al consumidor la Ley 5/2019 y sería conveniente su reforma para mejorar, en este punto, la transparencia del mercado.

Palabras clave

Transparencia, Contratos de crédito inmobiliario, Intermediarios, Supervisión.

¹ https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/registro-de-intermediarios/registro-de-intermediarios-de-credito-inmobiliario-y-prestamistas-inmobiliarios.html

² El artículo 46 tipifica las infracciones clasificándolas en muy graves, graves y leves regulando las sanciones el artículo 47.

³ Aunque el Banco de España publica las sanciones que impone a las entidades supervisadas no he encontrado el Registro Unico de sanciones a intermediarios de crédito al que se refiere la Ley.

Además de las obligaciones genéricas, la parte más importante de la normativa es la que define la información que debe suministrarse al prestatario con relación a la actuación del intermediario de crédito. Así, en la FEIN debe constar si ha intervenido un intermediario de crédito en el contrato y si éste recibe una comisión del prestamista. Y el artículo 35 regula la información que debe suministrar el intermediario al formalizar el contrato con el prestatario. De este precepto quiero destacar las siguientes cuestiones:

- la información debe suministrarse "con antelación suficiente a la prestación de cualquiera de las actividades propias de la intermediación de crédito inmobiliario... en papel o cualquier otro soporte duradero". Aunque no lo diga expresamente parece claro que debe ser previa a la formalización del contrato entre el prestatario y el intermediario.

- además de los datos identificativos del intermediario y los servicios que presta, el precepto se centra en que se informe al prestatario de la existencia de vinculación entre el intermediario con uno o varios prestamistas, en particular si trabaja en exclusiva para los mismos.

- la información debe comprender la remuneración del intermediario, tanto la que cobra al prestatario como la que eventualmente reciba del prestamista. En este sentido llama la atención que la información de la remuneración pueda no ser exacta ya que la letra e) del artículo 35 obliga a informar de la remuneración "... o, cuando ello no sea posible, el método para calcular dicha remuneración"; y la letra g) de las comisiones e incentivos que percibe del prestamista añadiendo que "si el importe no es conocido en el momento de facilitarse la información, el intermediario de crédito inmobiliario informará al prestatario de que el importe real será revelado posteriormente en la ficha de información personalizada".

- nada se dice del contenido de las obligaciones que asumen las partes en virtud del contrato. Si el contrato prevé que el prestatario puede desistir unilateralmente la cuestión no plantea problemas porque siempre el prestatario podrá acudir directamente a la entidad o recurrir a otro intermediario para conseguir la oferta de préstamo. Sin embargo, en otras ocasiones el contrato de intermediación establece una retribución para el intermediario por el mero hecho de presentar ofertas aunque estas no sean finalmente aceptadas o establece una vinculación temporal con el intermediario prohibiendo al prestatario recurrir a otras vías para obtener financiación. En estos casos, en los que se generan compromisos irrevocables para el prestatario, es fundamental que queden perfectamente definidas en el mismo las obligaciones del intermediario y el tiempo durante el cual el prestatario está vinculado por ese pacto de exclusiva, pero la ley guarda silencio sobre la cuestión.

Por ello la Ley 5/2019 en su Capítulo III establece un régimen para los intermediarios de crédito con el objetivo de que su actuación sea transparente y los prestatarios estén debidamente informados cuando contratan con ellos

Del régimen expuesto se deduce que la ley ha considerado que el mayor peligro para el prestatario es que el intermediario anteponga los intereses del prestamista. Es cierto que este riesgo es mayor cuando el intermediario tiene acuerdos de colaboración retribuidos con ciertas entidades (impliquen o no un pacto de exclusividad)⁴. Sin embargo, el riesgo se atenúa cuando el prestatario

es libre de aceptar o no la oferta que le presenta el intermediario, sin tener que pagar ninguna penalización por ello.

A mi juicio, el mayor problema para el prestatario que encarga la intermediación es la asunción de una vinculación que le genere la obligación de aceptar la oferta que le presenta el intermediario o indemnizar en caso contrario (indemnización que suele concretarse en el pago de la retribución por el servicio que se considera ya prestado). En esos casos es fundamental que el contrato fije de forma clara los términos de la financiación que se compromete a conseguir el intermediario y establezca un plazo de vigencia del contrato durante el cual el comitente (futuro prestatario) queda vinculado a ese concreto intermediario. En la práctica algunos intermediarios incorporan al contrato de intermediación este tipo de compromisos y definen los términos de la financiación que deben conseguir de forma vaga e inexacta estableciendo además prorrogas automáticas sobre el período inicial, que terminan vinculando al prestatario de forma indefinida.

El problema se agudiza cuando el intermediario de crédito actúa en colaboración con la agencia inmobiliaria o son, de hecho, la misma persona (aunque actúen bajo formas societarias distintas). En estos casos se produce una mezcla entre los contratos de intermediación inmobiliaria, intermediación de crédito, oferta de compra o el contrato de arras que generan para el futuro prestatario una multitud de obligaciones de las que ya no podrá escapar, contraídas en una fase muy inicial del proceso contractual.⁵

Frente a esta realidad la verdad es que la normativa que he expuesto al principio no parece que ofrezca mucha protección. Por ello a modo de conclusión creo que se hace necesaria una reforma que, sin ánimo exhaustivo, debería referirse a las siguientes cuestiones:

⁴ En la práctica es raro que los intermediarios actúen en régimen de exclusividad para una entidad. Consultado el Registro del Banco de España, de un total de 527 intermediarios registrados, sólo 2 actúan en exclusiva para una entidad.

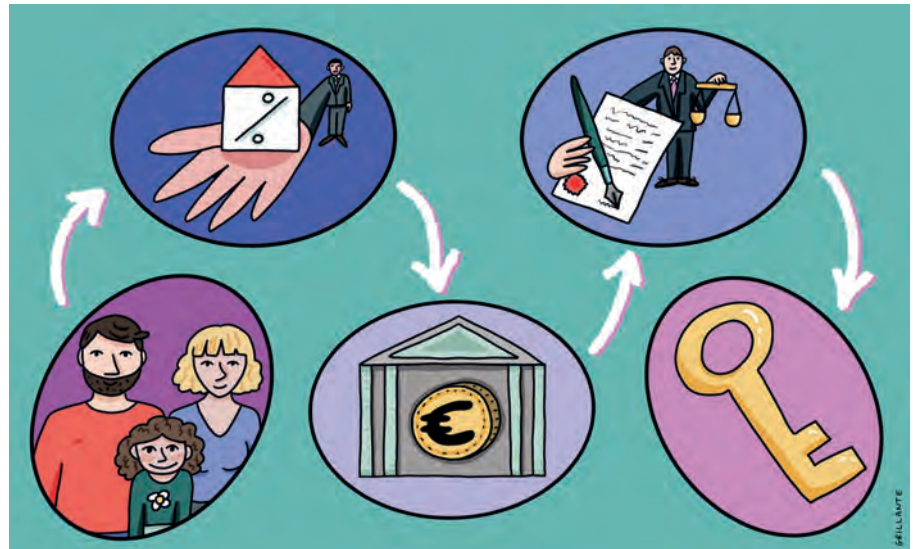
⁵ Práctica que se produce en ocasiones y que es mencionada en el otro artículo de este mismo número.

- la obligatoria separación de los servicios de intermediación crediticia e inmobiliaria. No pueden prestarse en un mismo local ni por las mismas personas, ni siquiera debe admitirse formas de colaboración o asociación entre dichos intermediarios para evitar los evidentes conflictos de intereses que se generan.

- si se considera excesivo establecer una prohibición de los pactos de exclusividad, debe regularse de una forma detallada las obligaciones que asume el intermediario de crédito cuando el prestatario queda vinculado a aceptar la financiación que aquel le ofrecerá (o a indemnizarle en caso contrario). En concreto, para estos casos deberían establecerse plazos de duración máximo del contrato (no prorrogables) y que en el contrato se especifique de forma completa el contenido de la oferta de financiación que debe conseguir el intermediario (es frecuente que únicamente se haga referencia al capital y tipo de interés, sin referencia a la existencia de vinculaciones o comisiones).

- el intermediario de crédito debe informar exactamente en el contrato de los honorarios que va a percibir del prestatario y de la entidad. Y debe supervisarse el cumplimiento por parte de los intermediarios de sus deberes de información con antelación suficiente, en papel o soporte duradero.

- debe involucrarse a las entidades de crédito en el control de la actuación de los intermediarios con los que colaboran, que son aquellos a los que pagan comisión por sus servicios. Es incoherente con el sistema diseñado por la ley, que la entidad permanezca ajena a todo lo que ocurre antes de la entrega de la FEIN. Si tiene acuerdos de colaboración



con determinados intermediarios debe velar porque estos presten sus servicios en condiciones de transparencia.

Evidentemente la figura del intermediario de crédito es necesaria, pues presta un servicio necesario para un determinado tipo de personas que obtendrían peores condiciones acudiendo directamente a las entidades. Pero existen determinadas prácticas que, a mi juicio, generan consecuencias negativas y se deben a un erróneo diseño normativo. La práctica ha demostrado que el peligro no está tanto en que el intermediario cobre del prestamista, cuanto en que el prestatario quede vinculado a los servicios de un intermediario de crédito concreto quedando obligado a aceptar las ofertas que éste le presente o a indemnizarle en caso contrario. En estos casos, no es suficiente la protección que dispensa al consumidor la Ley 5/2019 y sería conveniente su reforma para mejorar, en este punto, la transparencia del mercado. ●

ABSTRACT

Section III of Law 5/2019 establishes a regime for credit intermediaries so that their work is transparent, and borrowers are duly informed when they enter into contracts with them. The role of the credit intermediary is a necessary one, because it provides a service for a certain type of person who would obtain poorer conditions if they went to banking institutions on their own behalf. However, some practices have negative consequences, and are the result of loopholes in the legislation. Practice has shown that the danger is not so much that the intermediary receives payment from the lender, but that the borrower is tied to the services of a specific credit intermediary, and is forced to accept the offers made by the intermediary, or to compensate them if they do not. The protection provided to the consumer by Law 5/2019 is not sufficient in these cases, and reform is needed in order to improve the transparency of the market.

Keywords

Transparency, Mortgage contracts, Intermediaries, Supervision.

El mayor problema para el prestatario que encarga la intermediación se produce cuando asume la obligación de aceptar la oferta que le presenta el intermediario o indemnizar en caso contrario. En estos casos, no es suficiente la protección que la ley dispensa al consumidor y sería conveniente su reforma

LA FIGURA DEL INTERMEDIARIO O BROKER HIPOTECARIO: ¿MERECE LA PENA CONTRATAR SUS SERVICIOS?

Fernando López Herrero
Jaime Mariscal de Gante Burguete
HYPO MORTGAGE SOLUTIONS

A la hora de conseguir un préstamo hipotecario caben dos posibilidades: dirigirse directamente a una o varias entidades para negociar y comparar sus ofertas o recurrir a un intermediario inmobiliario (también llamado bróker hipotecario) que se encargará de buscar las mejores ofertas y negociar condiciones preferentes para su cliente.

El mercado de intermediación hipotecaria, ha experimentado una gran transformación en los últimos años. Tradicionalmente, las agencias inmobiliarias eran las únicas que prestaban servicios de intermediación hipotecaria; sin embargo, hoy en día, existen muchas más alternativas en el mercado.

Por un lado, están las plataformas online o comparadores que no cobran por sus servicios a los prestatarios, sino que reciben comisiones de los bancos si el cliente firma la hipoteca finalmente (entre un 1% y un 2% sobre el importe del crédito). El servicio que prestan estas plataformas se reduce a presentar

las mejores ofertas al cliente según su perfil, pero no prestan asesoramiento ni están especializado en conseguir préstamos hipotecarios que presenten dificultades (v.gr. préstamos para finalidades distintas de la adquisición de vivienda habitual o cuyo importe exceda del 80% del valor de la misma). Estas empresas, que utilizan la tecnología de forma intensiva para ofrecer servicios financieros más accesibles y eficientes, han comenzado a ocupar un espacio importante en el mercado hipotecario. Por lo general, ofrecen tasas de interés estandarizadas con procesos telemáticos de solicitud de préstamos dirigidos a clientes con un perfil tecnológico medio-alto.

Frente a este servicio más estandarizado, los intermediarios financieros independientes ofrecen una amplia gama de servicios a sus clientes con un trato personalizado. Están especializados en conseguir préstamos hipotecarios más difíciles de obtener ya sea porque suponen una financiación superior al 80% del valor del activo hipotecado, ya sea por el perfil crediticio del deudor o las especiales características del bien a hipotecar o del préstamo. Además, no solo buscan y negocian las mejores ofertas, sino que pueden prestar asesoramiento y ofrecer un acompa-

ñamiento integral hasta la firma del contrato de préstamo hipotecario.

Normalmente estos intermediarios no tienen pactada la exclusividad con ninguna entidad, de tal forma que buscan para su cliente la mejor oferta que puedan obtener del mercado. No obstante, cabe la posibilidad de que su radio de actuación esté limitada a una o varias entidades e incluso tengan pactada la exclusividad con alguna de

El consumidor puede dirigirse directamente a una o varias entidades para negociar y comparar sus ofertas o recurrir a un intermediario inmobiliario

las mismas. Por ello, aunque lo habitual es que cobren por sus servicios al prestatario, cabe también la posibilidad de que su actuación no sea retribuida por el prestatario sino por la entidad. Finalmente cabe la posibilidad de que cobren tanto del prestatario como de la entidad (en este último caso con un máximo del 0.80% del importe del préstamo). Y, como apuntábamos, su labor puede limitarse a



RESUMEN

Los autores exponen las opciones para obtener un préstamo hipotecario: ir directamente al banco o acudir a un intermediario inmobiliario. Las plataformas online de comparación de préstamos hipotecarios presentan las mejores ofertas según el perfil del cliente, pero no prestan asesoramiento. Por otro lado, los intermediarios financieros independientes ofrecen un servicio personalizado y buscan la mejor oferta en el mercado para el cliente. Los intermediarios pueden tener exclusividad con una o varias entidades, y sus tarifas pueden variar según el importe del préstamo. Es importante destacar que el intermediario solo cobra si el préstamo finalmente se firma.

Palabras clave

Préstamo hipotecario, Intermediario inmobiliario, Banco.

conseguir la oferta y ponerte en contacto con el banco (la mayoría de los que son gratuitos para el cliente) o puede extenderse más allá asistiendo, asesorando y ocupándose personalmente de todas las gestiones relacionadas con la entidad (lo habitual cuando su labor es retribuida por el prestatario). Cada bróker y agencia maneja sus propias tarifas: algunos trabajan con precios fijos y suelen cobrar entre 3.000 y 4000 euros por operación; otros establecen diferentes tarifas en función del importe de financiación (entre el 1% y el 5% del capital del préstamo que consiguen).

Una última diferencia resulta de las obligaciones que asume el prestatario

cuando firma el contrato de intermediación. Según la legislación, el mínimo de ofertas que tiene que presentar un intermediario hipotecario es de tres. Lo normal es que el prestatario no esté obligado a aceptar ninguna de estas ofertas si no le interesan y pueda concertar el préstamo con otra entidad distinta, sin que por ello se genere la obligación de pagar nada al intermediario. Incluso existen intermediarios que partiendo de una oferta que ya tiene el cliente se ofrecen para obtener una mejor de tal forma que sólo cobrarán por su trabajo si consiguen esa mejora.

En todos estos casos solo hay que retribuir al intermediario si finalmente se firma el préstamo que él ofreció¹. ➡

¹ Lógicamente todos los contratos suelen incorporar una cláusula de penalización para el caso en que el cliente pretende evitar la retribución del intermediario y se pone directamente en contacto con la entidad para terminar aprovechando alguna de las ofertas que le presentó aquel.

LA OPINIÓN INTERMEDIARIOS HIPOTECARIOS

Por el contrario, existen ocasiones en que el contrato de intermediación prevé el devengo de unos honorarios por el hecho de que el intermediario haya obtenido ofertas que se ajusten a lo previamente pactado, sean o no finalmente aceptadas por el prestatario. En este caso la celebración del contrato de intermediación es generador de obligaciones irrevocables para el prestatario. Un caso extremo de vinculación sería el de aquellos casos en que el prestatario concede la intermediación en exclusiva a un determinado broker, de tal forma que durante un plazo se compromete a no contratar el préstamo por otras vías (ya sea recurriendo a otro intermediario o acudiendo directamente a la entidad).

Finalmente existen intermediarios que prestan sus servicios conjuntamente con agencias inmobiliarias con la aparente ventaja de ofrecer una solución integral en la búsqueda de un hogar y un préstamo hipotecario. Al trabajar con una agencia inmobiliaria, los compradores pueden obtener asesoramiento y orientación sobre el proceso de compra de vivienda y, al mismo tiempo, ayuda en la obtención de un préstamo hipotecario. No obstante, esta

elección puede representar un problema para el cliente en tanto existe una vinculación entre el contrato de arras y una financiación que no suele estar garantizada, sobre todo cuando la firma del contrato de intermediación crediticia y la oferta de compra es simultánea. Este hecho puede ocasionar que el cliente se encuentre en una situación comprometida que le impida acceder a un asesoramiento externo o a una solución alternativa para completar la operación ya que es reacio a buscar la financiación por otros medios ante el temor de tener que pagar la indemnización prevista en el contrato de intermediación y además perder la señal que ha depositado en la agencia inmobiliaria. El mismo temor le fuerza, en ocasiones, a aceptar la oferta que le ha hecho el intermediario, aunque no se ajuste estrictamente a lo prometido en el contrato de intermediación, que no siempre formula de forma exacta la oferta que se compromete conseguir el intermediario.

En resumen, existen multitud de opciones disponibles en el mercado de intermediación hipotecaria, pudiendo ofrecer diferentes servicios en función de las necesidades y perfil de cada cliente. La práctica demuestra que un buen intermediario genera importantes ahorros de tiempo y dinero para el prestatario por su mayor conocimiento del mercado y su acceso a mejores ofertas.

Pero la diversidad de servicios de intermediación hace que sea esencial proporcionar de forma anticipada información completa sobre el alcance de los compromisos que el cliente asume al formalizar el contrato de intermediación, con especial atención, al caso de aquellos clientes que no tengan una elevada formación financiera.

Por ello es imprescindible que la actividad se desarrolle sobre la base de un cumplimiento estricto de los requisitos legales y deontológicos que regulan esta actividad. Solo de esta forma se proporciona un servicio de calidad al cliente que redundará en su beneficio y mejorará la competitividad del mercado hipotecario. ●

Las plataformas online o comparadores han comenzado a ocupar un espacio importante en el mercado hipotecario

Los intermediarios financieros independientes ofrecen una amplia gama de servicios a sus clientes con un trato personalizado

ABSTRACT

The authors outline the options for obtaining a mortgage loan: either going directly to a bank, or turning to a real estate intermediary. Online mortgage loan comparison platforms present the best offers according to the client's profile, but do not provide advice. Meanwhile, independent financial intermediaries offer a personalised service, and seek the best offer for the client that is available on the market. Intermediaries may have an exclusive arrangement with one or more institutions, and their fees may vary depending on the loan amount. Importantly, the intermediary only receives payment if the loan is finally signed.

Keywords

Mortgage loan,
Real estate intermediary, Bank.



DOS CITAS IMPRESCIDIBLES EN EL REAL

Vive la emoción de las óperas que ponen el broche final a la temporada 22/23 del Teatro Real.



IL TURCO IN ITALIA

GIOACHINO ROSSINI

31 MAY - 12 JUN

Estreno en el Teatro Real

Patrocina

 Santander Fundación



TURANDOT

GIACOMO PUCCINI

3 - 22 JUL

Patrocina

FUNDACION
ACS

TEATRO REALES · 900 24 48 48 · TAQUILLAS



COMPRA YA
TUS ENTRADAS

TEMPORADA
22/23

 **TEATRO REAL**
CERCA DE TI

Administraciones Públicas



Mecenas principal
tecnológico



Mecenas principal
energético



Mecenas principales



Mecenas



VARIA

En este bloque se abordan cuestiones de actualidad que reflejan la complejidad y diversidad del ámbito jurídico y financiero. El notario **Rodrigo Tena Arregui** examina las implicaciones de la ineficacia del negocio jurídico en el caso de personas con discapacidad y la importancia de la escritura notarial en este contexto. Por su parte, la profesora **M^a Patricia Represa Polo** analiza los instrumentos alternativos al testamento, como los seguros de vida y planes de pensiones, y su relación con la sucesión mortis causa.



LA ESCRITURA NOTARIAL DE APOYO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL RÉGIMEN DE LA INEFICACIA NEGOCIAL



Rodrigo Tena Arregui
Notario de Madrid

Una de las cuestiones más debatidas entre las muchas suscitadas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, es la referente al régimen de la ineficacia del negocio jurídico por no concurrir en el mismo el apoyo previsto por la persona con discapacidad en una escritura notarial debidamente inscrita en el Registro Civil.

Para enmarcar el asunto de manera adecuada es necesario clarificar previamente la cuestión de si la persona con discapacidad puede renunciar a las me-

didias de apoyo (judiciales o voluntarias), ya sea expresamente con carácter general, o tácitamente para un acto concreto por la vía de formalizar el negocio prescindiendo del apoyo previsto. Obviamente, partiendo de que el momento de hacerlo tiene capacidad natural para prestar un consentimiento válido. Solo una vez aclarado este extremo podremos analizar la cuestión del régimen de ineficacia del negocio celebrado sin el apoyo previsto en un documento notarial.

La renuncia al apoyo

Pienso que la respuesta positiva -en sus diferentes modalidades interpretativas, en las que ahora no podemos entrar¹- es la que mejor se acomoda al espíritu de una reforma tan trascendente como la efectuada, que rechaza el estado civil de incapacitado con el fin de salir al paso de cualquier discriminación, pero sin por otra parte atribuir privilegios injustificados, así como a los principios fundamentales de nuestro sistema de contratación y a la prohibición de ir contra los propios actos. Entender que cuando se ha establecido una medida de apoyo, aunque sea por vía judicial, el discapacitado con capacidad natural no puede prescindir de ella, por lo que en todo caso los negocios realizados sin ese apoyo son anulables, implica introducir la incapacitación de facto por la puerta de atrás, al margen de facilitar comportamientos oportunistas de las personas que deben prestar ese apoyo o del propio interesado, introduciendo tal dosis de incertidumbre en la práctica que terminaría excluyendo a estas personas de la contratación por la vía de hecho.

Por supuesto, aun así habría que dilucidar ciertas dudas doctrinales y resolver algunos problemas materiales. Así, en cuanto a las primeras, habría que aclarar, en el caso de que la medida sea judicial, si la renuncia general deba rescindirse necesariamente o no en esa sede, y si el notario concededor de la medida de apoyo debe o no autorizar la escritura sin el mismo, por muy seguro que esté de la concurrencia de un consentimiento válido. Y en cuanto a los segundos, especialmente habría que proveer cuanto antes al notario de acceso

telemático al Registro Civil, en su condición de funcionario público debidamente legitimado para ello (art. 84 LRC), para poder consultar con suficiente celeridad la posible existencia de dichas medidas y evitar así riesgos innecesarios.

Pero, en cualquier caso, aun admitiendo la posibilidad de renuncia, la duda más relevante es qué ocurre cuando la persona con discapacidad, por considerar que tiene capacidad natural para formular un consentimiento comercial válido, prescinde tácitamente de esa medida de apoyo otorgando el negocio por sí solo, ya sea en forma privada o pública. Partimos de que si tiene suficiente capacidad natural el acto será válido y si no la tiene será anulable. ¿Pero cabe presumir algo al respecto? (sin perjuicio de admitir la prueba en contrario, por supuesto) Para dilucidar esta cuestión es imprescindible distinguir si la medida de apoyo se ha establecido judicial o notarialmente.

Medida de apoyo judicial

En el caso de que el apoyo haya sido impuesto por la autoridad judicial el tema es complejo, pero al menos contamos con más pistas para llegar a ciertas conclusiones. En el trabajo citado defendí la tesis de que pese a que la persona con discapacidad puede prescindir del apoyo con plena eficacia si en ese momento tiene suficiente capacidad natural para formular un consentimiento informado, concurrirían una serie de presunciones que contribuirían a facilitar la solución de los diferentes supuestos que pueden plantearse. Estas presunciones nacerían del propio juego de las normas y circunstancias aplicables, sin que sea necesari-

Una de las cuestiones más debatidas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 es la referente al régimen de la ineficacia del negocio jurídico por no concurrencia en el mismo del apoyo previsto por la persona con discapacidad en una escritura notarial

RESUMEN

Una de las cuestiones más debatidas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, es la referente al régimen de la ineficacia del negocio jurídico por no concurrencia en el mismo del apoyo previsto por la persona con discapacidad en una escritura notarial debidamente inscrita en el Registro Civil. Existen diferencias con el apoyo constituido judicialmente que permiten dudar hasta qué punto puede predicarse una completa equivalencia de efectos, especialmente en relación a la aplicación del régimen de la anulabilidad de los contratos. No obstante, dicha equivalencia puede justificarse adecuadamente siempre que el notario determine en la escritura que se está ante un caso de discapacidad actual y se fundamente, a través de los informes periciales pertinentes, los especiales efectos que se quiere atribuir al documento.

Palabras clave

Discapacidad, Apoyo voluntario, Anulabilidad.

¹ Véase, Rodrigo Tena, "El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI*, nº 101, enero-febrero 2022 También en este sentido, José Ángel Martínez Sánchez, "Reflexiones sobre la reforma de la capacidad", *AAMN*, 2022, pp. 239 y ss.. Defienden la renuncia expresa María Paz García Rubio e Ignacio Varela, "Comentario al art. 1302 del CC", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2022. Por su parte, M^º Ángeles Parra Lucán, afirma que "no puede negarse a la persona con discapacidad el ejercicio por sí misma de su capacidad jurídica sí, pese a la resolución judicial, se aprecia que en el momento del otorgamiento del acto de que se trata la persona con discapacidad podía expresar sus deseos y su voluntad (por ejemplo, a juicio del notario, con apoyo en su caso si lo considera necesario, aunque no lo exija la norma, en dictámenes periciales)". "Contratación y discapacidad: la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad", *La reforma de la discapacidad*, vol. 2, Fundación Notariado 2022, pp. 344 y 345.

ria una declaración legal específica al efecto. Así, en el caso de la contratación privada, se presumiría, salvo prueba en contrario, que la persona con discapacidad que actúa sin el apoyo previsto no tiene en ese momento suficiente capacidad natural, por lo que el acto sería anulable conforme a los arts. 1301, 1302 y 1304 del CC, mientras que si existe una formalización en documento público, en la que ha concurrido el apoyo institucional del notario, entonces la presunción se invertiría y sería la persona con discapacidad o la que le presta apoyo, quien tuviera que probar su falta de capacidad natural para prestar el consentimiento en ese instante.

La justificación estribaría en la intervención específica de dos funcionarios, al amparo de sus correspondientes regulaciones, que necesariamente debe crear sus respectivas presunciones. En un primer momento interviene el juez, que *impone* una medida de apoyo porque la considera necesaria en términos generales. Recordemos que el art. 249 del CC señala categóricamente que las medidas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate, por lo que esta insuficiencia debe ser constatada de manera fehaciente en el momento de constituir la medida.² Es verdad que hay que reconocer –como ya hemos comentado– que la persona con discapacidad, en un intervalo lúcido posterior, puede prescindir de dicha medida y actuar por sí solo válidamente, pero lo lógico es entender, en base a esa previa decisión judicial, que tal cosa no puede presumirse, por lo que quien alegue que existía ese intervalo lúcido en el instante de perfección del negocio es el que debe probarlo. No obstante, si ha intervenido luego otro funcionario, apreciando una capacidad natural suficiente en ese concreto momento de la autorización notarial del negocio,

entonces la presunción debe invertirse por los efectos propios del documento público (art. 17 bis de la Ley del Notariado), y es entonces quién alegue la discapacidad el que debe probarla.

Es verdad que la primera presunción en favor de la ineficacia no se declara normativamente de una manera tan clara como la segunda a favor de la eficacia, pero creo que puede ser perfectamente apoyada en los textos legales citados. No se trata, por tanto, de una simple presunción fáctica derivada del hecho de un juicio previo por parte de la autoridad judicial (que ya por sí solo tendría su peso) sino que encuentra apoyo en el propio texto de la reforma. Recordemos que partimos de la idea de que la persona con discapacidad con medida de apoyo puede renunciar a la medida si tiene capacidad para ello, ya sea en virtud de una declaración expresa de carácter previo, o tácita por el mero hecho de la formalización del negocio sin ese apoyo (por entender que la expresión “cuando sean precisas” que utiliza insistentemente el articulado de la reforma da pie para ello). Pues bien, cuando el articulado de la reforma impone de manera reiterativa la anulabilidad de los “contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medi-

das de apoyo previstas cuando fueran precisas”, puede no estar imponiendo efectivamente la anulabilidad “cuando no fueran precisas” por existir capacidad natural, pero cabe defender perfectamente que esos artículos -en combinación con los art. 249, 250,5 y 269,2 CC- la presumen cuando al actuar dentro de ámbito formalmente previsto por ellas se prescinde de las mismas, salvo prueba en contrario.

Medida de apoyo notarial

Ahora bien, aun partiendo de este esquema general permisivo de la renuncia expresa o tácita, el tema se enturbia cuando la medida de apoyo, pese a ser formal, no es judicial, pues ha sido establecida por la persona con discapacidad en una escritura notarial debidamente inscrita en el Registro Civil. Si luego esa persona decide prescindir de su medida de apoyo para un acto concreto, ¿cómo se desenvuelve entonces el régimen de la ineficacia? Porque es obvio que el caso no exactamente igual al anteriormente examinado.

Parece claro que si el contrato en cuestión se formaliza en escritura pública no habría problema, ya sea porque el notario, conocedor de la existencia de la medida de apoyo, exija que se deje sin



² Como indica Parra Lucán, “Aunque el juez no debe llevar a cabo un pronunciamiento formal sobre la capacidad de la persona, sí deberá realizar un juicio sobre su capacidad a efectos de valorar cómo incide la discapacidad en su vida y en qué medida precisa un apoyo y para qué actuaciones. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 250.V y 269.II del CC.”, *Op. Cit.*, p. 344.

efecto de manera expresa esa medida con carácter previo (pues de idéntica manera que se impuso se puede revocar) o, pese a desconocer la existencia de la misma, autorice el negocio sin ella por considerar que la persona con discapacidad tiene en ese momento capacidad natural suficiente. En ambos casos el negocio sería inatacable, salvo que se pruebe que esa capacidad natural, pese al juicio positivo del notario, verdaderamente no existía. Aquí sí que el régimen es idéntico al caso de constitución judicial.

Pero el problema se plantea de forma aguda cuando estamos ante un contrato privado, porque aquí no es tan sencillo aplicar automáticamente el sistema presuntivo propio del apoyo constituido judicialmente. Recordemos que en ese caso es el juez el que impone una medida de apoyo, por constatar una situación debidamente atestada de discapacidad (arts. 249, 250 y 269 CC), mientras que, en el caso del apoyo constituido notarialmente, el notario formaliza la medida en base a la voluntad libremente expresada de una persona (art. 255 CC) que, en consecuencia, debe tener capacidad natural para ello. Es decir, en el primer supuesto se parte de la discapacidad y en el segundo de la capacidad, en ambos casos atestiguada por un funcionario, por lo que podría legítimamente dudarse de que sea justificable la presunción de ineficacia si, en el caso notarial, la persona con discapacidad prescinde de ella a la hora de formalizar un documento privado. Al igual que tenía capacidad para otorgar en su momento la medida de apoyo, puede formalizar luego el contrato privado, por lo que sería lógico defender que quien quiera alegar luego esa discapacidad es el que debería probarlo.

Pese a todo, considero que esta conclusión sería precipitada, porque es imprescindible distinguir los diversos supuestos que nos puede ofrecer la práctica. Especialmente habría que distinguir dos ámbitos: las medidas de apoyo notarial de carácter más o menos preventivo y las medidas de apoyo actuales, distinción amparada por el art. 255 CC, que distingue entre “previsión” y “apreciación” de la discapacidad.

Es imprescindible que el notario distinga perfectamente el apoyo en previsión de una futura discapacidad del apoyo en caso de discapacidad ya apreciada

El primer grupo de medidas suelen ser las más frecuentes en la práctica. Una persona, en previsión de una posible discapacidad que intuye no muy lejana o que ya empieza a manifestarse, otorga una escritura en la que designa a una persona o personas para que le presten apoyo para cuando lo necesite. Mayormente pensamos en casos de demencias o enfermedades degenerativas que se prevé que pueden ir a peor. La función principal de este tipo de escrituras es, sobre todo, de carácter legitimador. Bus-

can por encima de todo designar a la persona que, en su momento, cuando lo necesite, estará habilitada para prestar esa función de apoyo. En estos casos el otorgante no quiere cerrarse la posibilidad de actuar por sí solo por el momento y mientras lo considere conveniente. Por ese motivo, la ausencia de apoyo no puede llevar consigo aparejada la presunción de ineficacia, tampoco en el ámbito privado. Es verdad que puede darse el caso de que, al contratar, la persona efectivamente hubiera necesitado apoyo por no tener capacidad natural en ese momento, pero no solo es que tal cosa no pueda presumirse, sino que esa ausencia, aun probada, es discutible que deba implicar la aplicación del régimen de la anulabilidad, sino más bien de la nulidad por falta de consentimiento.

Ahora bien, existe otro grupo de casos en los que el régimen aplicable



debería ser muy distinto, más próximo al caso del apoyo judicialmente establecido. Nos referimos a los supuestos de patologías actuales inmediatamente “apreciables”, ya diagnosticadas, en los que el otorgante, que cuenta con capacidad natural para prestar consentimiento, con o sin apoyo, decide establecer por sí mismo el régimen de apoyos en escritura pública, con plena conciencia de autolimitarse de manera inmediata mientras se vea afectado por esa patología actual que tiene nombre y apellidos (y sin perjuicio de su derecho a revocar la medida si tiene capacidad para ello, evidentemente). En estos casos puede defenderse perfectamente, siempre que

El notario debería exigir para el apoyo actual los informes necesarios que sirvan de suficiente fundamentación a los especiales efectos que se quiere atribuir al documento

el notario justifique debidamente los presupuestos habilitantes en la escritura de constitución del régimen de apoyos, que la ausencia de los mismos determinará el régimen de la anulabilidad previsto para estos casos en el CC, con la consiguiente presunción de ineficacia en el ámbito privado –conforme a la tesis que venimos defendiendo– salvo que se pruebe lo contrario. Pensemos que, de manera semejante a lo que ocurre en el ámbito judicial (art. 249 CC) existe en estos casos una discapacidad

actual constatada, con la única salvedad de que la persona afectada por ella, en ese concreto instante, puede formular perfectamente su consentimiento, con o sin apoyo. No sería por ello razonable, ni estaría justificado en base a los principios de la reforma, imponer en este caso un régimen jurídico diferente al anteriormente defendido. Es verdad que el que contrate con esa persona en el ámbito privado puede encontrarse con la sorpresa de esta presunción en su contra (recordemos que la publicidad del Registro Civil es reservada), pero lo mismo ocurre con las medidas judiciales. Es más, ocurre algo todavía peor si no admitimos la tesis de la renuncia expresa o tácita a la medida de apoyo, pues en este caso el contrato sería directamente anulable sin dar oportunidad a la otra parte de probar la capacidad natural.

Lo que resulta imprescindible es que el notario distinga perfectamente ambos supuestos, desempeñando en el segundo una función de control y de acreditación de circunstancias mucho más intensa, tanto en relación a la necesidad de contar con los informes periciales oportunos, como a la hora de expresar los efectos del documento. Concretamente, el notario debería exigir los informes pertinentes en cada caso que sirvan de suficiente fundamentación a los especiales efectos que se quiere atribuir al documento. En la mayor parte de las ocasiones primará el informe médico, que debería expresar el diagnóstico de la patología en cuestión; su carácter permanente y no meramente transitorio; emitir un juicio sobre cómo incide esa situación en la persona con discapacidad a los efectos de comprender la información nece-

saria para formar la voluntad negocial, retenerla de manera suficiente, integrarla en el proceso de decisión y expresar su voluntad de manera adecuada³; pronunciándose para terminar sobre la conveniencia de contar con un apoyo para completar esas limitaciones.⁴

Por último, el notario debe dejar expresa constancia en la escritura de que, a su juicio, considera suficientemente causalizada la declaración de voluntad, especificando, en consecuencia, los efectos que atribuyen a la ausencia de apoyo (invocado el régimen de anulabilidad de los arts. 1301 y ss. del CC), de lo que quedaría debida constancia en el Registro Civil. En este caso estaría perfectamente justificado predicar para la constitución notarial los mismos efectos anteriormente defendidos para la judicial, en cuanto concurriría el mismo fundamento de base. ●

ABSTRACT

One of the most widely debated issues since the entry into force of Law 8/2021 refers to the ineffectiveness of the legal transaction due to its failure to include the support anticipated for a person with a disability in a notarial deed duly registered in the Civil Registry. There are some differences with the legally established support, which raise doubts as to the extent to which a complete equivalence of effects can be declared, especially with regard to the application of the regime governing the revocability of contracts. However, this equivalence can be adequately justified as long as the notary notes that it is a case of current disability in the deed, and the particular effects to be attributed to the document are based on the appropriate expert opinions.

Keywords

Disability, Voluntary support, Revocability.

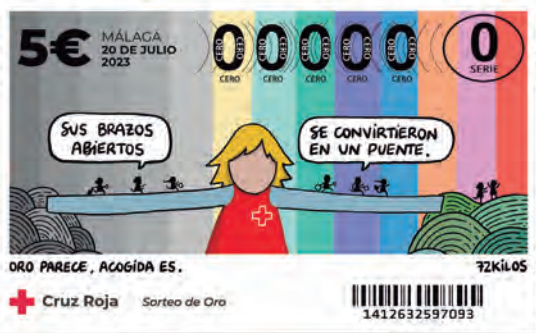
³ Sobre los requisitos para un consentimiento informado, véase R. Tena, “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 99, septiembre-octubre 2021; y S. Álvarez, “Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 100, noviembre-diciembre 2021.

⁴ Se podría pensar, incluso, en la conveniencia de contar a estos fines con la colaboración del cuerpo de forenses, puesto que la debida acreditación de la patología se convierte en un requisito fundamental de cara a justificar los especiales efectos que se quiere atribuir al documento. Colaboración que puede encontrar perfectamente su apoyo legal en el art. 3 del RD 296/96 de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, realizando la pertinente solicitud de informe por parte del notario al correspondiente instituto de Medicina Legal.

ORO PARECE CRUZ ROJA ES.

COMPRA TU BOLETO
DEL SORTEO DE ORO
POR 5€.

1ER PREMIO
3 MILLONES DE €



M-8193-2023

INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS AL TESTAMENTO Y LA PRETENDIDA TRANSMISIÓN AL MARGEN DE LA HERENCIA



Mª Patricia Represa Polo

Profesora Titular Derecho Civil UCM

patripol@ucm.es

En la práctica parece ser que no existe cuestión sobre la transmisión de los seguros de vida, seguros de ahorro y planes de pensiones al margen de la herencia; así, resulta habitual que fallecida una persona no se incluyan en el inventario de la herencia los derechos adquiridos por terceros en virtud de estos negocios. En estos casos, parece que la principal disputa es la derivada de la designación del beneficiario, problema potenciado, probable-

mente, por la forma de realizarla al celebrar el negocio¹.

Pero, que no haya cuestión y se reciba la indemnización pactada o las cantidades aportadas al plan de pensiones al margen de cuál sea el devenir de la herencia, no quiere decir que no pueda haberla, por ejemplo, cuando las legítimas se quedan sin pagar o los acreedores del causante no pueden satisfacer sus créditos y un tercero resulta beneficiado por aquellos negocios. Incluso, no habiendo cuestión, en este caso, debería justificarse cómo es posible que puedan transmitirse bienes, que podríamos entender se encuentran en el patrimonio del causante, al margen de la herencia y, por tanto, no queden sometidos a las normas del derecho sucesorio.

Resulta habitual en la doctrina hablar de instrumentos alternativos al testamento o *will substitute*, usando la denominación anglosajona, para referirse a una serie de negocios muy extendidos en la práctica del sector asegurador y financiero, que contienen una disposición a favor de tercero para el caso de fallecimiento del titular. En este sentido, se les ha calificado como instrumentos idóneos para planificar la sucesión, planteamiento que deriva de la función que desarrollan en países como EEUU², pero



¹ VAQUER ALOY, A.: «Cuestiones sobre la designación de beneficiarios de los *Will substitute* en los derechos civiles vigentes en España» en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión*, Colegi Notarial de Catalunya, Barcelona, 2022.

² TARABAL BOSCH, J.: «*Will substitute* estado de la cuestión en España» en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión*, Colegi Notarial de Catalunya, Barcelona 2022.

En la práctica parece ser que no existe cuestión sobre la transmisión de los seguros de vida, seguros de ahorro y planes de pensiones al margen de la herencia; así, resulta habitual que fallecida una persona no se incluyan en el inventario de la herencia los derechos adquiridos por terceros en virtud de estos negocios

que difícilmente puede identificarse esa función en nuestro país. Por diversas razones socioeconómicas el desarrollo de estos productos y su continua evolución es imparable, por lo que, si tenemos claro que son instrumentos idóneos para la transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la herencia, es probable que en unos años una parte importante del patrimonio personal de una determinada generación se transfiera al margen de la herencia.

La premisa inicial planteada según la cual la adquisición o desde la otra perspectiva la transmisión *mortis causa* de las cantidades aportadas al plan de pensiones del causante, de los ahorros invertidos en un seguro de renta vitalicia, por ejemplo, no se integran en la herencia, de manera que el beneficiario no es sucesor del causante, se fundamenta en el contenido del artículo 88 Ley Contrato de Seguro, que reconoce la indemnidad del derecho del beneficiario respecto a los legitimarios y a los acreedores del causante. En este sentido, fallecido el tomador del seguro el beneficiario tiene derecho a la indemnización en todo caso, aunque no haya bienes en la herencia para pagar las deudas, ni los legitimarios puedan recibir nada en pago de su derecho.

Precisamente, la aplicación analógica de este precepto a los planes de pensiones, considerados seguros atípicos por el Tribunal Constitucional, y a los seguros de ahorro e inversión (artículo 2 Ley Contrato de Seguro) constituye el fundamento que justifica que al fallecer su titular no haya cuestión y se

transmitan y tramiten al margen de la herencia.

Este planteamiento que creo acertado para los seguros de vida, por su naturaleza como contrato oneroso a favor de tercero y aleatorio; sin embargo, creo que aplicado a otros productos de ahorro e inversión provoca distorsiones derivadas, principalmente, de la falta de identidad de razón necesaria para que la aplicación analógica de una norma no origine consecuencias o resultados no previstos por la misma³.

En este sentido, la previsión del artículo 88 LCS se justifica en el hecho de que la indemnización derivada del contrato no proviene del patrimonio del tomador sino del causante; surge directamente como derecho *ex novo* en cabeza del beneficiario. Por el contrario, las cantidades recibidas en el caso del seguro de renta vitalicia o de un plan de pensiones nacen, primeramente, en cabeza del contratante, y sólo en caso de fallecimiento de éste lo adquiere o se transmite al beneficiario. Pero, hay algo más claudicante aún, la falta de aleatoriedad esencial en el seguro de vida y no presente en los seguros de renta o ahorro ni en los planes de pensiones, de manera que el importe del rescate cuando se produce la contingencia prevista en la póliza o plan de pensiones es coincidente con las cantidades aportadas o precio pagado, salvo una mínima rentabilidad, son productos muy seguros por lo que el reducido riesgo va acompañado de una mínima rentabilidad, o penalización si se recuperan en un momento anterior al



RESUMEN

Con frecuencia se usa el término instrumentos alternativos al testamento para referirse a una serie de negocios de previsión y ahorro que contienen una disposición a favor de tercero para el caso de fallecimiento del estipulante (seguros de vida, planes de pensiones, seguros de ahorro o de rentas). Son negocios todos ellos idóneos para la planificación sucesoria y la transmisión intergeneracional de los ahorros, aunque no suele estar presente esta finalidad en el momento de la contratación. En este sentido, se desenvuelven en terrenos próximos a la sucesión *mortis causa*, por lo que resulta esencial delimitar los límites respecto a la misma, con el fin de afirmar si, realmente, son instrumentos alternativos o complementarios a la sucesión *mortis causa*.

Palabras clave

Instrumentos de ahorro y previsión, Testamento, Legítimas.

³ REPRESA POLO, M.P.: «Instrumentos alternativos al testamento y legítimas» en *Retos del Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid. 2023.

pactado. Por lo que puede concluirse que el precio pagado es idéntico al importe recibido por el beneficiario, sea el tercero quien lo recibe en caso de fallecimiento o sea el titular a quien corresponde al producirse la contingencia pactada. En este sentido, en el caso del seguro de ahorro-inversión de prima única el Tribunal Supremo ha entendido que nos encontramos ante productos de inversión, calificación coincidente con la de otros órganos jurisdiccionales⁴. Por tanto, si son productos de inversión u operaciones de capitalización no encontramos justificación alguna para someterles a la disciplina del contrato de seguro y concluir que se transmiten al margen de la herencia. Si la finalidad es potenciar la previsión privada en descarga de la previsión pública, por ello se les aplica una atractiva fiscalidad, así como proteger intereses dignos de tutela, como pueda ser beneficiar a determinadas personas (cónyuge, pareja de hecho, descendientes con discapacidad) resulta difícil comprender que se busquen atajos en vez de afrontar reformas pendientes que permitirían conseguir los mismos fines, como es la reforma de la sucesión forzosa o la regulación de la transmisión de patrimonios separados.

Pese a ello, no puedo desconocer la eficacia práctica de la disposición a favor de terceros contenida en estos contratos, así como la jurisprudencia sobre los planes de pensiones, como refleja la sentencia del Tribunal Supremo según la cual «El derecho a las prestaciones correspondientes que se generen en cada plan en caso de fallecimiento del partícipe no se adquiere por vía de transmisión hereditaria; el derecho a la prestación está sometido a sus propias reglas

y no al régimen jurídico de la sucesión.» (STS 274/2021 de 10 mayo, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2021:1793).

Así las cosas, a nadie se le escapa que la posibilidad de transmitir bienes al margen de la herencia y, por tanto, al margen de las normas de derecho sucesorio entraña un riesgo para los sucesores forzosos y para los acreedores del causante por cuanto aparecen dichos negocios como vía idónea para procurar la despatrimonialización, de manera que en el momento del fallecimiento legitimarios y acreedores no encuen-

Resulta habitual en la doctrina hablar de instrumentos alternativos al testamento para referirse a una serie de negocios muy extendidos en la práctica del sector asegurador y financiero, que contienen una disposición a favor de tercero para el caso de fallecimiento del titular

tren bienes en la herencia para ver satisfechos sus derechos preferentes. Esta posibilidad, que no suele estar presente en la voluntad del contratante que directa o indirectamente persigue otros beneficios con su contratación, sí fue contemplada por el legislador quien, tras consagrar el principio de indemnidad del derecho del beneficiario del seguro de vida, estableció el derecho de acreedores y legitimarios al reintegro de las primas pagadas en fraude de sus derechos.

Con esta previsión quedarían protegidas las expectativas de los sucesores forzosos y los acreedores, por cuanto se reintegrarían en el caudal hereditario las primas pagadas o el importe invertido en estos seguros por el causante cuando hubiera actuado fraudulentamente, es decir, con intención de perjudicarles vaciando su patrimonio para que tras su fallecimiento no queden bienes en su patrimonio para el pago de la legítima y el cobro de las deudas si las hubiera. Sin embargo, la dificultad de probar el fraude junto con el desmedido afán, en ocasiones, de proteger las legítimas conduce a defender que cuando el artículo 88 LCS exige fraude para el reintegro de las primas debemos interpretarlo de manera objetiva, como sinónimo de perjuicio, lo que en el caso de las legítimas siempre existe⁵.

De manera que según esta interpretación los legitimarios tienen derecho en todo caso al reembolso la prima del seguro de vida o el importe de las aportaciones del plan de pensiones. Para ello, el importe pagado se tendrá en cuenta para el cálculo de las legítimas y si no hubiera bienes suficientes para el pago se reducirán aquéllas en la cantidad necesaria para el pago de las legítimas. En definitiva, se aplicará la acción de reducción de donaciones inoficiosas, prevista para los actos gratuitos del causante, para contratos de naturaleza onerosa, como son los negocios citados. Siendo esto verdad, no es menos cierto que la imposibilidad de impugnar los actos onerosos del causante deriva del hecho de que no hay riesgo de despatrimonialización, por cuanto el patrimonio se reintegra con la contraprestación recibida; sin embargo, en los contratos a favor de tercero, como son los que

⁴ El Tribunal Supremo entiende que la ausencia de riesgo esencial en cualquier seguro de vida determina que no pueda considerarse que existe dicho contrato por lo que “es correcta la apreciación de que la carencia de base técnica actuarial y de aplicación de un interés técnico supone que no hay un desplazamiento del riesgo sobre la vida a la aseguradora que constituya la causa del contrato, con lo que falta este elemento necesario para que el contrato pueda ser considerado como un seguro de vida”. Nos encontramos, pues ante un producto financiero que queda excluido del ámbito de contratación de las aseguradoras de acuerdo con el artículo 5.1 a) Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y que por ser contrario a una norma imperativa es nulo, por lo que la prima pagada pasa a formar parte de la herencia del causante (Sentencia num. 311/2015 de 17 noviembre UR\2015\301983).

⁵ VAQUER ALOY, A., DOMINGO MARTÍNEZ, R.: El seguro de renta vitalicia y la herencia, Atelier, Madrid, 2015. SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Granada, Comares, 2003. REGLERO CAMPOS, F.: «Beneficiario y heredero del seguro de vida» en *Revista de Derecho Privado*, 1997.



Por diversas razones socioeconómicas el desarrollo de estos productos y su continua evolución es imparable, es probable que en unos años una parte importante del patrimonio personal de una determinada generación se transfiera al margen de la herencia

estamos analizando, la contraprestación ingresa en un patrimonio ajeno, lo que determina que si bien el acto es oneroso para el tomador, para el beneficiario es una liberalidad.

Pero, pese a ello, ha querido el legislador como recoge el artículo 88 LCS que sólo sea posible impugnar el contrato en caso de fraude y la dificultad de probar el mismo no puede conducir a una protección de la legítima más allá de lo querido por el legislador, entendiéndose que en estos casos el perjuicio siempre existe. Si es así ¿dónde está el perjuicio en un seguro de vida contratado con 37 años, con una prima mensual media de 45 euros, si el tomador fallece a los 52 años?, ¿dónde está el fraude en un plan de pensiones en el que el partícipe aporta una media de 3.500 euros anuales, pensando en su jubilación y fallece antes de que se produzca ese momento con 35.000 euros aportados? Lógicamente, en los gastos de previsión ordinarios, como son los ejemplos descritos, cuesta ver el fraude o perjuicio;

por lo que resultaría excesiva la interpretación objetiva del artículo 88 LCS. Precisamente, es en los gastos de previsión extraordinarios, aquellos en los que la prima pagada y el importe asegurado son excesivos o, aquellos en los que concurren circunstancias que revelan ese ánimo defraudatorio para los que está pensado el artículo 88 LCS, por lo que la prueba del fraude será posible, como demuestra la jurisprudencia. De manera, que no puede obviarse la exigencia de la norma cuando señala que los legitimarios podrán solicitar el reembolso de las primas pagadas en fraude de sus derechos.

Además, si consideramos que el fraude es equivalente al perjuicio y éste siempre existe en el caso de los legitimarios por lo que en todo caso deben computarse las cantidades aportadas y, por tanto, quedan sometidas a la acción de reducción de donaciones inoficiosas, entonces, en el caso de las primas de seguros de ahorro o renta y de planes de pensiones la cantidad aportada que

es la que recibe en caso de fallecimiento el beneficiario, salvo una mínima rentabilidad, es la cantidad que se computa y que puede reducirse, lo que no sucede en el seguro de vida, precisamente, por el carácter aleatorio del mismo.

Por tanto, si decimos, como hemos empezado el trabajo, que existen transmisiones *mortis causa* que circulan al margen de la herencia o lo que es lo mismo que existen instrumentos alternativos al testamento, pero cuando aparecen legitimarios en esa herencia tenemos que computar el precio de la prima y que en su caso quedan sometidas a reducción, nuestra premisa inicial se desmonta porque en el caso de una sucesión con sucesores forzosos la ajenidad sólo será aparente. Si, además, nos encontramos con que el negocio en cuestión es un plan de pensiones o un seguro de renta vitalicia en el que el beneficiario recibe los 30.000 euros aportados por el causante, puede ser que tengamos que decirle que a lo mejor tiene que reintegrar los mismos al caudal hereditario si en la herencia no hay bienes para pagar su legítima, que se habrá calculado computando esa cantidad.

Por tanto, existe cierta contradicción en afirmar que los instrumentos de previsión y ahorro permiten la transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la herencia, permitiendo con ello satisfacer el deseo del causante de proteger a terceros, distintos de los legitimarios, y luego someter a las normas sucesorias con el fin de corregir los excesos que pudieran producirse y salvar así la legítima reconstruyendo el patrimonio hereditario de manera ficticia con el fin de asegurar el cobro de aquella.



Si bien es cierto que este planteamiento, probablemente, no desmonte la premisa inicial (existencia de instrumentos alternativos al testamento), espero sirva al menos para evidenciar que uno de los retos que debe asumir el legislador en materia de sucesiones es la regulación de estas transmisiones *trans mortem* o para sucesorias o como quiera llamárselas, derivadas de los productos de ahorro e inversión, no sólo dando respuesta a las dudas planteadas en este trabajo sino a otras conexas como si el beneficiario es un legitimario una vez computada la cantidad recibida debe imputarse de acuerdo con el artículo

818 CC o, por el contrario, siendo el fundamento de la imputación la voluntad presumida del causante de anticipar la legítima en vida representa un buen indicio para desvirtuar la presunción la designación como beneficiario del legitimario. Cuestiones todas a resolver a la que se suma determinar la ganancialidad o privatividad de las aportaciones, si el fraude exigido en el artículo 88 LCS debe referirse a la contratación o a la designación, lo que en el primer caso dejaría fuera la contratación del seguro o plan de pensiones por la empresa, por ejemplo.

En cualquier caso, me atrevo a apuntar que la regulación debería realizarse bajo los siguientes parámetros:

1. La diversa naturaleza de los instrumentos de previsión y ahorro que exige una respuesta distinta según su naturaleza, de manera que si la apuesta es defender la transmisión al margen de la herencia de verdaderos activos en el patrimonio del causante, ¿por qué el legislador no se anima a regular la transmisión de otros patrimonios separados?
2. Si la apuesta es mantener un sistema de sucesión forzosa debe protegerse el mismo, pero no debemos llevar la protección más allá de su fin propio lo que dé lugar a la reconstrucción del patrimonio de manera ficticia.
3. Y precisamente, porque el sistema de sucesión forzosa debe protegerse, no podemos desvirtuar el mismo desde dentro y para evitar las disonancias que pueda causar o con el fin de proteger intereses dignos de tutela que no quedan cubiertos por las legítimas, o con el fin de potenciar la previsión privada, que siempre descarga a la previsión pública, el legislador permita la transmisión de bienes al margen de la herencia y con ello obligue al intérprete a forzar la solución con el fin de proteger al legitimario. Porque si ese es el propósito, se debe dar paso a regular con firmeza las transmisiones al margen de la herencia si es que la apuesta de futuro es el sistema de sucesión forzosa. ●

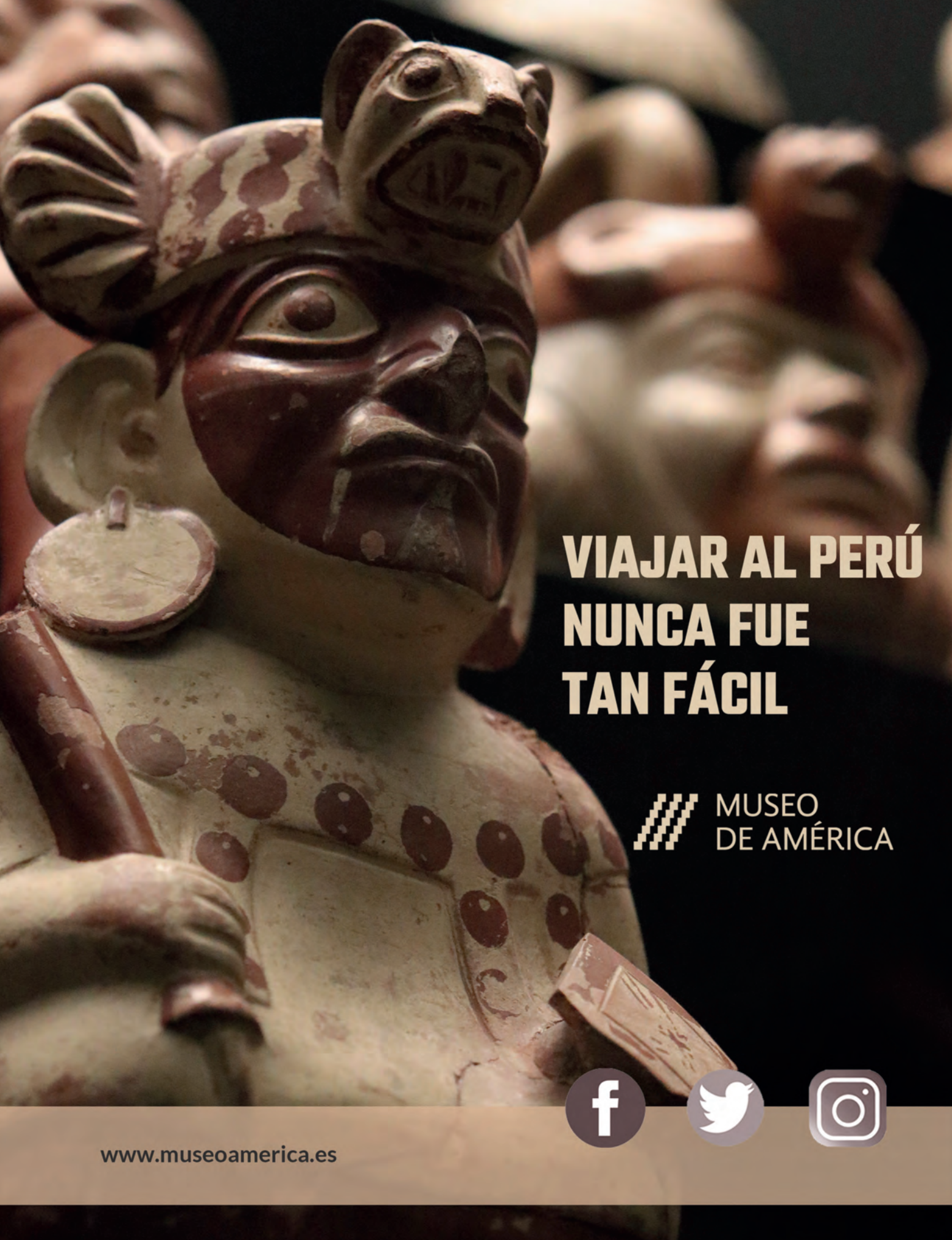
Si son productos de inversión u operaciones de capitalización no encontramos justificación alguna para someterles a la disciplina del contrato de seguro y concluir que se transmiten al margen de la herencia

ABSTRACT

The term "alternative instruments to wills" is often used to refer to a series of savings and pension plans that contain a provision in favour of a third party in the event of the death of the promisee (life insurance, pension plans, savings or annuity insurance). They are all appropriate for inheritance planning and the intergenerational transmission of savings, although this is not usually the purpose when they are arranged. They operate in areas closely related to succession due to death, and as such it is essential to define their limits, in order to determine whether they are really alternative or complementary instruments to succession due to death.

Keywords

Savings and retirement instruments, Will, Forced heirship.



**VIAJAR AL PERÚ
NUNCA FUE
TAN FÁCIL**



MUSEO
DE AMÉRICA



www.museoamerica.es



SOBRE EL «IUS PUNIENDI» FISCAL



Gabriel Casado Ollero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la UCM
Miembro del Consejo Asesor Institucional (CAI) de la AEDAF
Abogado

1 El *ius puniendi fiscal*, penal o administrativo, es el último de los instrumentos de los que puede valerse el Estado para la tutela de la *contribución al gasto público en el modo, condiciones y cuantía establecidos por la ley, como bien jurídico* objeto de protección.

En uno y otro supuesto, el ejercicio por la Jurisdicción penal o, más asiduamente, por la Administración tributaria del *ius puniendi fiscal* consiste en la *aplicación del Derecho Sancionador Tributario*; es decir, de la normativa sancionadora (fiscal) constitucional, legal y, en su caso, reglamentaria.

De ahí que los problemas que suscita el ejercicio del poder de imponer sanciones, penales o administrativas, sean tanto de *legalidad constitucional* como

de *legalidad ordinaria*, en los ámbitos competenciales propios de una u otra jurisdicción.

2.- Como última advertencia preliminar, conviene tener en cuenta que *en la realidad aplicativa* del Derecho sancionador tributario se conjugan tres elementos: el de las *normas*, el de la *dogmática jurídica* y, en fin, el de la *jurisprudencia*; esto es, el de la interpretación y aplicación jurisdiccional de las normas, haciendo uso de la dogmática jurídica o, cuando esta no exista, improvisándola *ad casum*, para la resolución del pleito o de la cuestión litigiosa suscitada.

3.- En esta colaboración para *Hacienda y Estado de Derecho* se esboza una sumaria reflexión sobre algunos de los principales problemas que, a mi modo de ver, continúa planteando el cotidiano ejercicio del *ius puniendi* por la Administración fiscal un cuarto de siglo después de la aparición de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (LDGC) que, de las dos que hasta ahora lo hicieron, fue la primera en expresar su propósito de

“reforzar los derechos sustantivos de los contribuyentes y mejorar sus garantías en el seno de los distintos procedimientos tributarios”, de una parte, y de otra, “reforzar las obligaciones de la Administración tributaria (...)”, “en aras a lograr el anhelado equilibrio en las relaciones de la Administración con los administrados y de reforzar la seguridad jurídica en el marco tributario.”

Propósito que, en lo que ahora importa, partiendo básicamente de la presunción constitucional de inocencia amparada en el artículo 24.2 CE, concretó su texto articulado proclamando: (i) la *“presunción de buena fe en la actuación de los contribuyentes”*, explicitando que es la Administración quien debe probar la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias; (ii) *“la imposición de sanciones tributarias mediante un expediente distinto e independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor”* (Exposición de Motivos y artículo 34.1); y, en fin, (iii) la *automática suspensión de la ejecución de*

las sanciones tributarias hasta que sean firmes en vía administrativa (artículo 34.4).

La Ley 58/2003, General Tributaria (LGT) puso fin cinco años después a la vigencia de la LDGC y fue la segunda y, en lo que conozco, la última en hacer figurar entre sus principales objetivos el de “reforzar las garantías de los contribuyentes y la seguridad jurídica”. Bien es verdad que la, entonces, nueva LGT aseguró incorporar a su texto el contenido de la LDGC, pero quizás no llegara a hacer otro tanto con su “espíritu y finalidad” que, en cualquier caso, pareció sepultado con la Ley derogada.

4.- Llegados a este punto, urge decir que buena parte de los problemas que mayor conflictividad y litigiosidad sigue generando en nuestro Derecho sancionador tributario, son problemas hace años dirimidos y pacíficamente resueltos (bien o mal; esa sería otra cuestión), tanto en la dogmática jurídica como en la jurisprudencia de los respectivos Tribunales. Luego, las razones de que se continúen suscitando conflictos en la actualidad respecto de tales cuestiones no son, claro está, de carácter o naturaleza dogmática, conceptual o de conocimiento, sino de rebeldía, resistencia o tenaz voluntad de inobservancia e inaplicación de aquélla (la dogmática) y ésta (la jurisprudencia) en las resoluciones sancionadoras dictadas por las diferentes Administraciones tributarias.

5.- Repárese en cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tardó en advertir ya en su Sentencia 18/1981, reiterándolo después *ad libitum*, que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (...)”; de forma que “los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que

garantiza el art. 9 de la Constitución” (STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2º).

Y sobre todo, repárese en cómo la jurisprudencia en materia sancionadora de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, dicho sea de paso, fue pionera en pergeñar aquél planteamiento general después articulado por el Tribunal Constitucional, ha venido estableciendo atómicamente, reiterándolos sin fatiga, a partir de 2008, principios, exigencias, mandatos, criterios, y reglas suficientemente clarificadoras de lo que constitucional y legalmente debe hacer y, a contrario, de lo que legítimamente no puede hacer la Administración tributaria en el ejercicio del por lo demás *excepcional* poder sancionador que la Constitución reconoce oblicua e implícitamente a la Administración civil (artículo 25. 3 CE) dependiente del Gobierno (artículo 97 CE).

El *ius puniendi* fiscal, penal o administrativo, es el último de los instrumentos de los que puede valerse el Estado para la tutela de la contribución al gasto, como bien jurídico objeto de protección

6.- Entre tantos otros que pudieran evocarse, citemos algunos de los más repetidos: “el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión”; “se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio”; “no se puede por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos sancionar, siendo imprescindible una motivación específica en torno a la culpabilidad o negligencia y las pruebas de las que ésta se infiere”; “si no queda acreditado el elemento subjetivo de la infracción y la sanción se impone por ➡

RESUMEN

El autor aborda algunos de los problemas y desafíos que plantea el ejercicio del poder sancionador por la Administración tributaria. Entre ellos destaca la tolerancia de la jurisdicción, constitucional y ordinaria, con la espuria utilización del *ius puniendi fiscal* como instrumento de la función tributaria recaudadora; la tramitación *abreviada*, sin fase de instrucción, del procedimiento sancionador y la ambivalencia liquidatoria y sancionadora de las pruebas y de los hechos fijados en el procedimiento de control tributario o coactivamente aportados al mismo; la tradicional suficiencia de la *simple negligencia*, entendida como omisión del deber de cuidado o mera lasitud en la aplicación de la normativa fiscal, para castigar cualquier tipo de infracciones tributarias; o la naturalidad con la que la sanción tributaria acostumbra a seguir a la regularización fiscal casi como la sombra al cuerpo. Existe, sin duda, un interés general en que el *ius puniendi fiscal* se ejercite adecuada y eficazmente; pero “no hay ningún interés lícito, y es contrario al Estado de Derecho y a la dignidad de la persona que se pueda castigar a cualquiera, al culpable y al no culpable”.

Palabras clave

Poder sancionador,
Sanciones tributarias,
Principios constitucionales.

Sancionar en el ámbito tributario no debiera ser sinónimo de otra forma de recaudar. Sin embargo, hace tiempo que el *ius puniendi fiscal* se plegó no ya a la función de *policía*, en el sentido clásico del término, ni siquiera a la sedicente *lucha contra el fraude fiscal*, sino más bien a la pura función recaudadora de la Administración

medio de una motivación genérica, ha de concluirse que lo procedente ha de ser su anulación, puesto que reposa, exclusivamente, en una presunción de intencionalidad”; etc, etc.

7.- Lo que resulta, digámoslo así, paradójico aunque quizás no sorprendente, es que las Administraciones tributarias conocen, claro, y además demuestran conocer, la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el modo de ejercer conforme a Derecho el *ius puniendi fiscal* y, en negativo, la manera en que les resulta constitucional y legalmente vedado hacerlo. Hasta el punto de que aquella doctrina jurisprudencial luce incorporada al texto cada vez más extenso y desprolijo de las respectivas resoluciones sancionadoras; al igual, por cierto, que hacen algunas resoluciones judiciales. Pero sucede que, acto seguido, en uno y otro caso, la doctrina que previamente se recita a conciencia, de igual forma se desatiende e inaplica al imponer la sanción en la resolución administrativa o al resolver el caso, en la judicial.

8.- Cuestión distinta es que esos “*ciertos matices*” del Derecho administrativo sancionador a los que a menudo sigue apelando la jurisprudencia constitucional, continúen sin perfilarse y pendientes de concreción cuarenta y cinco años después de la aprobación del texto constitucional.

9.- Enlazado con lo anterior, resulta obvio, pero no impertinente, advertir que *sancionar* en el ámbito tributario no debiera ser sinónimo de *otra forma de recaudar*; siendo evidente que “*la sanción no es un instrumento más al servicio de la recaudación, (...), sino de castigo, represión o retribución de conductas contrarias al ordenamiento jurídico*” (Voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 74/2022, de 14 de junio); y, por lo mismo, “*la utilización de la sanción tributaria para fines recaudatorios es sencillamente repudiable*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2010, rec. 2437/2004, FJ 4º; entre otras).

Sin embargo, nada cuesta observar como el *ius puniendi fiscal* hace tiempo que se plegó no ya a la *función de policía*, en el sentido clásico del término, ni siquiera a la sedicente *lucha contra el fraude fiscal*, sino más bien a la pura *función recaudadora* de la Administración.

La experiencia demuestra que la sanción tributaria acostumbra a seguir a la regularización fiscal con una fidelidad pareja a la de la sombra al cuerpo. Rara vez se tiene noticia de un procedimiento de comprobación e investigación no seguido de la apertura de un expediente sancionador que propende a *completar*, en segunda vuelta, la deuda tributaria regularizada en el procedimiento de control fiscal. Como si los hechos fiscalmente relevantes se tiñeran de una segunda significación, esta vez, sancionadora por el simple hecho de ser seleccionados por la Inspección para su control y, por lo general, consiguiente regularización.

10.- Acaso como consecuencia de lo anterior, a veces llegan a producirse situaciones no solo patológicas sino también extravagantes de la Administración sancionadora tales como las de penalizar, en vía administrativa, la desobediencia o desatención a la opinión técnica o al criterio fijado por la Dirección General de Tributos (DGT) en respuesta a una consulta tributaria *vinculante*, importa recordarlo, para la Administración tributaria en su relación con el con-



2007



2022

notarline
15° ANIVERSARIO

Con Notarline, armonía y precisión en su notaría

Elaboración externalizada de los Índices Notariales

Precisión *Máxima calidad y homogeneidad de contenidos.*

Flexibilidad *A medida de sus necesidades particulares.*

Confianza *Cumplimiento de los plazos legales.*

Rapidez *Servicio urgente en el mismo día.*

Ventaja *Reducción de costes operativos.*

Tecnología *Adaptación a diferentes softwares notariales.*



más información en www.notarline.com o tlf: 91 405 77 90 · 93 590 32 58

sultante (artículo 89.1 LGT); pero de “carácter informativo” para este último (artículo 89. 4 LGT). En el caso que estoy refiriendo, el comportamiento desobediente supuso de una parte la imposición de una sanción tributaria, sin infracción previa, para la sociedad consultante; y, de otra y a la vez, una derivación de responsabilidad solidaria ex artículo 42.1 a) LGT para los administradores solidarios de la entidad, por ser causantes o colaborar activamente en la realización de una inexistente infracción tributaria. Consistiendo en ambos casos el comportamiento omisivo en dejar de presentar declaraciones complementarias en el régimen general del Impuesto sobre Sociedades, tras conocer que el criterio de la DGT en la contestación a la Consulta era contrario a la tributación en el régimen especial de las sociedades patrimoniales: “(...) en modo alguno, la entidad modificó su actuación de acuerdo con la contestación a la consulta presentada (...), sin que (...) la entidad presentara las correspondientes autoliquidaciones complementarias y se ajustara así al criterio contenido en la con-

testación a la consulta que había formulado. (...) Se persiste en la tributación por el régimen especial, en lugar de presentar declaraciones complementarias. (...). Si la entidad hubiese obrado de buena fe [sic] hubiera tenido que presentar autoliquidaciones complementarias por los periodos correspondientes aplicando el régimen general del impuesto”. “El elemento subjetivo de la infracción, la culpabilidad y la intencionalidad, se cumple en este supuesto; no podría ser de otra forma, ya que no se puede agravar al sujeto que, conociendo la contestación a una consulta, sigue el criterio y regulariza voluntariamente (en caso de estar fuera de plazo) del sujeto que hace caso omiso de la contestación” [sic].

11.- Existe, sin duda, un interés general en que el ius puniendi de la Administración tributaria se ejercite adecuadamente. Pero “ello supone no sólo que los responsables sean castigados, sino también que no sean castigadas personas no culpables: no hay ningún interés lícito, y es contrario al Estado de Derecho y a la dignidad de la persona que se pueda castigar a cualquiera, al culpable y al no

Cuarenta y cinco años después de la aprobación del texto constitucional continúan pendientes de concreción esos “ciertos matices” del Derecho administrativo sancionador a los que a menudo apela, sin perfilarlos, la jurisprudencia constitucional

culpable (...)” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia nº 532/2016, de 30 de junio de 2016, rec. 1564/2012, FJ 6º; entre muchas otras de la misma Sala).

12.- Mencionemos para concluir algunos problemas aplicativos del actual régimen sancionador tributario pendientes de resolver: bien porque nunca llegaron a plantearse, o bien porque, aún planteados, resultaron inadmitidos por falta de “*especial trascendencia constitucional*”; o por no presentar “*interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*”. Técnicas estas a las que acudió primero el Tribunal Constitucional (2007) y, años después (2015), el Tribunal Supremo cuando por las razones que fuere, que las habrá de muy diferente naturaleza, uno u otro no consideran oportuno encararlas o entienden que aún no ha llegado la hora de hacerlo para resolverlas, en el sentido que fuere.

También aquí la simple enumeración resulta impracticable. Baste apuntar los siguientes problemas pendientes de solución o, en su caso, de replanteamiento de la solución hasta ahora arbitrada:

- La simple negligencia, entendida como omisión del deber de cuidado o mera lasitud en la aplicación de la normativa fiscal, legal y reglamentaria de la forma como la Administración considera, *foro proprio*, que debiera ser aplicada o cumplida por la persona obligada; y su suficiencia para integrar el elemento subjetivo de la culpabilidad y para castigar cualquier tipo de infracciones tributarias.

- La tramitación *abreviada*, sin fase de instrucción, del procedimiento sancionador y la ambivalencia liquidatoria y sancionadora de las pruebas y de los hechos fijados en el procedimiento de control tributario, utilizando para sancionar (versus “*regularizar*” en segunda vuelta) las mismas pruebas aportadas algunas coactivamente al procedimiento de control fiscal, para regularizar y liquidar.

- La tolerancia o permisividad de la jurisdicción con la espuria y desviada utilización del *ius puniendi* fiscal como un instrumento más al servicio de la función recaudadora.

- El carácter sancionador o, cuando menos, la naturaleza *híbrida*, liquidatoria y sancionadora, del procedimiento que se inicia con la entrada y registro domiciliario para confirmar las sospechas y los indicios de defraudación tributaria aportados por la Inspección al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en la solicitud de autorización judicial de la injerencia domiciliaria.

- La negativa de la Administración a judicializar los expedientes pese a haber dejado sobrada constancia en el procedimiento inspector de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos (v.gr: simulación con interposición de sociedades) de un posible delito fiscal, reteniéndolos en vía administrativa, con nula justificación, con el fin de regularizarlos y sancionarlos fuera del proceso penal y, naturalmente, sin su sistema de garantías; invadiendo, en fin, competencias exclusivas de la jurisdicción penal.

No queda espacio para más. Hasta aquí llegamos. ●

Se mencionan algunos problemas aplicativos del actual régimen sancionador tributario pendientes de resolver: bien porque nunca llegaron a plantearse, o bien porque, aún planteados, resultaron inadmitidos por falta de “*especial trascendencia constitucional*”; o por no presentar “*interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*”

ABSTRACT

The author addresses some of the problems and challenges posed by the Tax Authority's exercise of its disciplinary power. These include tolerance by both the constitutional and ordinary jurisdiction of the spurious use of fiscal *ius puniendi* as an instrument for the collection of taxes; the shortened procedure, without the preliminary investigation phase of the disciplinary proceedings, and the ambiguity in terms of settlement and punishment related to the evidence and facts established in the tax oversight procedure or coercively added to it; the traditional sufficiency of mere negligence, deemed to be omission of the duty of care or mere lethargy in the application of tax regulations for the punishment of any type of tax offence; and the naturalness with which tax penalties usually follow tax adjustments, almost in the same way as night follows day. The proper and effective exercise of fiscal *ius puniendi* is undoubtedly a matter of general interest; but “*there is no lawful interest, and it runs contrary to the rule of law and the dignity of the individual, that anyone, guilty or otherwise, can be punished.*”

Keywords

Disciplinary power, Tax penalties, Constitutional principles.

LEGISLACIÓN, TRIBUNALES Y RESOLUCIONES DE LA DGSJYFP

EL NOTARIO DEL SIGLO XXI quiere facilitarle el trabajo al lector, seleccionando la información y destacando las novedades más importantes, a través de una labor de síntesis y análisis para que la versión en papel de este apartado de la revista resulte de lectura ágil y rápida. Todo ello sin perjuicio de la versión extendida de los contenidos que serán publicados íntegramente en la web www.elnotario.es, accesible directamente a través de los códigos QR disponibles al inicio de cada sección. De esta manera contribuimos también a la reducción de uso del papel y la protección del medio ambiente, sin merma alguna de la información facilitada.

Este trabajo de coordinación está siendo realizado por José Castaño Casanova, notario de Málaga, y José Castaño López, notario de Hospitalet de Llobregat, en Barcelona.

LEGISLACIÓN ESTATAL

MERCADO DE VALORES Y SERVICIOS DE INVERSIÓN

La Ley 6/2023 se erige como la nueva “ley marco” de los mercados de valores y persigue la transparencia de los mercados de valores, la seguridad de los inversores y el “correcto funcionamiento y desarrollo de los mercados de capitales” [pág. 94](#)



Fotografías tomadas en San Luis (Missouri), EE.UU. Por Pepe Brey.

DGSJyFP

USUFRUCTO VITALICIO

Cuando adquirido con carácter ganancial, subsiste íntegramente en el sobreviviente al fallecer uno de los cónyuges. [pág. 125](#)

HERENCIA: ACEPTACIÓN TÁCITA

La disposición en testamento de un bien heredado implica aceptación tácita de la herencia. [pág. 126](#)

CATASTRO Y REGISTRO

Los pronunciamientos jurídicos del Registro de la Propiedad deben prevalecer sobre los datos del Catastro inmobiliario. [pág. 134](#)

DE INTERÉS NOTARIAL

Queja y prejudicialidad penal. Preferencia del Derecho Penal frente al Administrativo, incompatible el conocimiento del mismo hecho por dos jurisdicciones distintas. [pág. 137](#)

ÍNDICE:

- 92 | Legislación de la UE
- 93 | Legislación Estatal
- 96 | Legislación Autonómica
- 104 | Tribunal de Justicia de la UE
- 105 | Tribunal Constitucional
- 109 | Tribunal Supremo
- 115 | Jurisprudencia Fiscal
- 118 | DGSJyFP
- 138 | De Interés Notarial

LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA



Leer más

María de Zulueta Sagarra, notaria y Elena López Ewert, abogada

GASES DE EFECTO INVERNADERO

REDUCCIÓN POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Reglamento 2023/857 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de abril de 2023 por el que se modifica el Reglamento 2018/842 sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y el Reglamento (UE) 2018/1999 . DO L 111 de 26.4.2023, p. 1/14

Para alcanzar el nuevo objetivo de la Unión para 2030 de reducir las emisiones netas de gases de efecto invernadero en al menos un 55 % con respecto a los niveles de 1990, los sectores regulados por el Reglamento 2018/842 deberán reducir progresivamente sus emisiones de gases de efecto invernadero hasta alcanzar el 40 % en 2030, en comparación con los niveles de 2005. El Reglamento 2018/842 también contribuye a la consecución de los objetivos del Acuerdo de París, así como del objetivo de neutralidad climá-

tica de la Unión a más tardar en 2050 en el marco del Reglamento (UE) 2021/1119, para lo cual es necesaria la de los esfuerzos de todos los Estados miembros en el tiempo, al tiempo que se tienen en cuenta las circunstancias nacionales específicas.

RESERVA DE ESTABILIDAD

Decisión (UE) 2023/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de abril de 2023 por la que se modifica la Decisión (UE) 2015/1814 en lo relativo a la cantidad de derechos de emisión que deben incorporarse a la reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión hasta 2030 (Texto pertinente a efectos del EEE). DO L 110 de 25.4.2023, p. 21/24

El Pacto Verde Europeo combina un conjunto completo de medidas e iniciativas que se refuerzan entre ellas, cuyo objetivo es lograr la neutralidad climática en la Unión para 2050, y establece una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión en una sociedad justa y próspera, con una economía moderna, que use eficientemente los recursos y que sea competitiva, en la que el cre-

cimiento económico esté disociado del uso de los recursos. La reserva de estabilidad funciona activando ajustes de los volúmenes anuales de derechos de emisión por subastar.

CONECTIVIDAD SEGURA

PROGRAMA 2023 -2027

Reglamento (UE) 2023/588 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2023 por el que se establece el Programa de Conectividad Segura de la Unión para el período 2023-2027. DO L 79 de 17.3.2023, p. 1/39

La Unión debe avanzar más en el desarrollo de una economía digital competitiva, segura, inclusiva y ética, con una conectividad de primera categoría mundial. El acceso asequible y rentable a las comunicaciones por satélite es también indispensable en zonas en las que no existen infraestructuras terrestres, incluidos los océanos, el espacio aéreo, zonas remotas y lugares en los que las infraestructuras terrestres sufren cortes importantes o en los que no se puede confiar en ellas en situaciones de crisis.

LEGISLACIÓN ESTATAL



Leer más

María Erias Rodríguez y Ana Otaño Calvo (coordinadora), notarios

CONDICIONES BÁSICAS

Accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad

Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público. BOE 22-3-2023

La accesibilidad universal permite que las personas con discapacidad puedan vivir en igualdad, en libertad, de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, es decir, es un principio vehicular para poder hacer efectivos el resto de derechos. Esto implica que la accesibilidad supera los ámbitos en los que tradicionalmente se ubicaba, como pueden ser el urbanístico, el de transportes, el tecnológico o el audiovisual, proyectándose en todos los derechos y en todas las esferas de la vida en comunidad.

En la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la accesibi-

lidad se presenta, como un principio general, como una obligación de los Estados Parte y, como derecho. La accesibilidad universal se presenta como uno de los principios reguladores del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Por este motivo, los poderes públicos tienen que adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la accesibilidad universal en igualdad de condiciones con las demás personas en los distintos ámbitos de aplicación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Uno de esos ámbitos es el de los bienes y servicios a disposición del público. Por este motivo, el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, mandata al Gobierno a regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen los mismos niveles de igualdad de oportunidades a todas las personas con discapacidad, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas, a las ciudades de Ceuta y Melilla y a las entidades locales.

Por otro lado, este real decreto se verá necesariamente complementado por la norma de transposición de la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, que tiene por objeto establecer los requisitos de accesibilidad universal de determinados productos y servicios, necesarios para optimizar su utilización previsible de manera autónoma por todas las personas y en particular por las personas con discapacidad.

En las relaciones concretas de consumo, los poderes públicos deben prestar una especial atención a las personas con discapacidad, promoviendo políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de sus derechos.

El objeto de este real decreto tal y como indica el artículo 1 es regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público y establecer una serie de medidas de acción positiva y otros apoyos comple-



LEY MARCO

Mercado de valores y servicios de inversión

Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. BOE 18-3-2023

La presente Ley se erige como la nueva “ley marco” de los mercados de valores en sustitución del vigente Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, sucesor a su vez de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Esta ley persigue la transparencia de los mercados de valores, la seguridad de los inversores y el “correcto funcionamiento y desarrollo de los mercados de capitales”.

No obstante, en la propia exposición de motivos de la ley se contempla la necesidad de nuevas modificaciones de la misma en un futuro próximo, pues el Nuevo Plan de Acción de la Comisión sobre una Unión de los Mercados de Capitales para las personas y las empresas, presentado en 2020 contempla un total de 16 acciones legislativas, la mayoría de las cuales implicarán la reforma de alguna directiva de la normativa financiera europea y, en consecuencia, también esta ley.

Su entrada en vigor se produjo a los veinte días de su publicación en el BOE. Sin embargo, hay que tener en cuenta las excepciones que señala la disposición final 15ª que son las siguientes:

- El artículo 63 entrará en vigor a los 6 meses de su publicación en el BOE.
- Los artículos 307 y 323 entrarán en vigor cuando lo haga el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva 2019/1937.

Esta Ley se estructura en 340 artículos, acompañados de las siguientes disposiciones complementarias: 9 adicionales, 7 transitorias, una derogatoria y 15 fi-

nales, once de las cuales modifican otras leyes, como la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta ley supone un importante esfuerzo de adaptación del marco normativo nacional al derecho de la Unión Europea, **ya que mediante la misma se trasponen las siguientes directivas:**

- La Directiva 2019/2177 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2019;
- La Directiva 2020/1504 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de octubre de 2020;
- La Directiva 2021/338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2021;
- La Directiva 2019/2034 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019;
- La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2009/65/CE; 2009/138/UE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/65/UE, 2015/2366 y 2016/2341.
- La Directiva 2021/2261 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021.

Las principales razones que han llevado a la elaboración de esta ley han sido las siguientes:

1.- *Incorporar las mejoras necesarias para facilitar el desarrollo de los mercados de valores españoles en el entorno competitivo actual.*

En relación con este punto, hay que señalar **la eliminación de requisitos superfluos para la admisión a negociación de valores de renta fija**, para contribuir a aumentar el atractivo de nuestro mercado en dicho segmento, eliminándose el requisito de verificación por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, aunque la CNMV deberá seguir aprobando el folleto correspondiente.

2.- *Mejorar la técnica normativa y sistemática de este sector del ordenamiento jurídico.*

La presente ley lleva a cabo un importante esfuerzo de simplificación y reordenación de las materias reguladas a nivel legal.

mentarios orientados a compensar las desventajas de partida que experimentan de forma generalizada las personas con discapacidad.

El **artículo 2** entre otras **definiciones**, define a las personas con discapacidad como aquellas comprendidas en los artículos 4.1 y 4.2 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Según el **artículo 3**, lo dispuesto en este real decreto se aplicará a las relaciones entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por objeto la provisión de bienes o el suministro o la prestación de servicios disponibles para el público. El **artículo 4** añade que no se aplicarán a las provisiones de bienes o a las prestaciones de servicios que, por constituir servicios públicos, de utilidad pública o de interés general, dispongan de una regulación específica en que quede suficientemente garantizada la no discriminación y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Las **obligaciones generales** se regulan en el **artículo 5**.

Según la **disposición final sexta**, el RD **entró en vigor** el 23 de marzo de 2023 con algunas excepciones.

Además, **esta ley simplifica el régimen sancionador de los sujetos que intervienen en los mercados de valores.**

Con este objetivo, las infracciones y sanciones son tipificadas, en todos sus grados, en un único artículo para cada tipo de conducta infractora. Esta nueva sistemática reduce considerablemente la extensión del régimen sancionador, y mitiga el riesgo de errores en futuras modificaciones legales, así como ayuda a un mejor conocimiento por sus destinatarios de las conductas prohibidas y sus consecuencias. Por ello, en la presente ley se ha optado por agrupar las diversas sanciones e infracciones en función del reglamento de la Unión Europea del que proceden, lo que ayuda a identificar cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que pueden aplicarse.

3.- Y, *adaptar la normativa nacional a las recientes novedades del derecho europeo* y ejercer las alternativas que reconocen las directivas a trasponer de la forma más adecuada y favorable para los intereses de los mercados de valores domésticos, la estabilidad financiera y los derechos de la clientela de servicios de inversión.

Finalmente, señalar **las principales modificaciones** introducidas por la presente ley:

1.- **La regulación de las empresas de servicios de inversión tiene un nuevo marco normativo** que se plasma en la presente ley definiendo los requisitos prudenciales y riesgos sistémicos en atención al tamaño de las empresas:

En primer lugar, si tienen activos superiores a los 30.000 millones de euros, deben obtener autorización como entidad de crédito y serán supervisadas por el Banco de España.

En segundo lugar, las empresas de servicios de inversión que tengan activos superiores a los 15.000 millones de euros que, sin convertirse en entidades de crédito, estarán sujetas a los requisitos prudenciales de las entidades de

crédito. Serán empresas de servicios de inversión autorizadas y supervisadas por la CNMV.

En tercer lugar, existirá otro grupo de empresas de servicios de inversión (aquellas cuyos activos consolidados sean iguales o superiores a 5.000 millones de euros y que cumplan con las condiciones que se establezcan reglamentariamente en relación con su tamaño) que también estará sometido a la normativa prudencial de las entidades de crédito cuando así lo determine la CNMV.

Por último, el resto de empresas de servicios de inversión quedarán sometidas a la regulación prudencial de la presente ley y serán también supervisadas por la CNMV.

2.- **Regulación de los criptoactivos.** Esta ley introduce las adaptaciones necesarias para la aplicación del Reglamento relativo a los mercados de criptoactivos. En concreto, en lo referente a la designación de la CNMV como autoridad competente para la supervisión de la emisión, oferta y admisión a negociación de determinados criptoactivos que no sean instrumentos financieros. Con el objeto de que la CNMV pueda ejercer las facultades que le confiere dicho Reglamento, se introduce también el régimen de infracciones y sanciones aplicable de conformidad con el mismo.

3.- **Regulación de las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición.** Se introduce en nuestro país el régimen de las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición (SPAC) que consiste en la constitución de una sociedad cotizada que capta inversiones y cuyo objeto social exclusivo es la identificación de una empresa, generalmente no cotizada y con alto potencial de crecimiento, en un plazo de tiempo determinado y a la que finalmente adquiere.

Se trata de un mecanismo alternativo a la salida a bolsa tradicional, especialmente interesante para empresas en desarrollo, ya que favorece la diversificación de las fuentes de financiación.

Se introduce una reforma en la Ley de Sociedades de Capital (nuevo capítulo VIII bis del Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital) para dotar de seguridad jurídica a este vehículo, ya que las “SPAC” tienen algunas particularidades en lo que respecta a su funcionamiento y a los derechos que confieren a sus accionistas minoritarios que hacen necesaria esta modificación legislativa para así favorecer una mayor seguridad jurídica para estos inversores.

Una de las principales características de las SPAC consiste en que los inversores cuentan con un derecho de reembolso del capital invertido en la SPAC en el momento de su constitución. Con ello se pretende garantizar que el capital inversor esté adecuadamente protegido, permitiendo a tal efecto que la SPAC utilice como mecanismo de reembolso bien un derecho estatutario de separación o bien la emisión de acciones rescatables.

Por otra parte, se prevén otras especialidades de las SPAC en materia de ofertas públicas de adquisición, causas legales de separación, régimen de autocartera y en relación con los requisitos aplicables a las adquisiciones onerosas.

4.- Se elimina la obligación del depositario central de valores de contar con un sistema de información de contar con un sistema de información para la supervisión de la negociación, compensación, liquidación y registro de valores. Se inicia un periodo transitorio de dos años.

5.- Y se extiende a los sistemas multilaterales de negociación la regulación aplicable a los mercados regulados en materia de ofertas públicas de adquisición.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA



Leer más

Juan de Dios Carmona Olías, José Gascañana Villaseñor, Alicia Graño Calaza, Pablo Soriano Calabuig, Santiago Tomás Roy, y María López Mejía (coordinadora), notarios

ARAGÓN

PATRIMONIO AGRARIO

Ley 6/2023, de 23 de febrero, de protección y modernización de la agricultura social y familiar y del patrimonio agrario de Aragón. BOA 13-03-2023

El artículo 25 fija la extensión de las unidades mínimas de cultivo, como norma general para todo el territorio de la Comunidad Autónoma, en 10 hectáreas para secano y 5 hectáreas para regadíos, excepto en regadíos tradicionales de riego por gravedad, en los que se reduce a 2 hectáreas. No obstante, en cada zona de concentración parcelaria que se ejecute podrán determinarse otras superficies diferentes, tal y como se establece en el apartado 3 del artículo 28.

Además, se imponen las clásicas restricciones a la división o segregación, cualquiera que sea el origen de las mismas, cuando den lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

COMUNIDADES DE ENERGÍA

Decreto-Ley 1/2023, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para el impulso de la transición energética

y el consumo de cercanía en Aragón. BOA 21-03-2023

El artículo 27 hace referencia a un derecho de superficie que las administraciones públicas podrán constituir sobre patrimonio de su titularidad a favor de comunidades de energía legalmente constituidas. Se podrá constituir a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en su legislación reguladora y reservarse, en su caso, para este tipo de entidades, especialmente cuando tengan naturaleza fundacional o asociativa, siempre que, en este último caso, sean declaradas de utilidad pública. Se recogen en dicho precepto los extremos que necesariamente deben incluir las bases o acuerdos.

SUCESIONES

Ley 10/2023, de 30 de marzo, de modificación del Libro Tercero del Código del Derecho Foral de Aragón, relativo a las sucesiones por causa de muerte. BOA 17-04-2023

La reforma obedece a la necesidad de introducir tres modificaciones en el Libro Tercero del Código del Derecho Foral para adecuarlo a los nuevos valores sociales en materia de apoyo a personas discapacitadas para el ejercicio de su capacidad jurídica:

- a) Se modifica el artículo 328, relativo a las causas de indignidad, introduciendo dos nuevas causas de indignidad que penalizan con la exclusión de la sucesión por causa de muerte a quienes se inhiben o realizan dejación de funciones en su responsabilidad de atención a las personas que precisan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.
- b) Se modifica el artículo 473 en relación a las disposiciones sucesorias genéricas para sufragios u obras asistenciales, precisando cuál debe ser el destino de estos recursos cuando el causante se trate de una persona que esté recibiendo apoyos por parte de la entidad pública correspondiente para el ejercicio de su capacidad jurídica o bien de una persona que tenga su última residencia habitual en centros residenciales de titularidad del organismo autonómico competente en materia de servicios sociales.
- c) Se dota de nueva redacción al artículo 536 en relación al denominado privilegio que se reconoce al Hospital de Nuestra señora de Gracia, extendiéndolo, por entender que responde al mismo fundamento e identidad de razón, a la entidad pública que ejerza las medidas de apoyo de las personas

discapacitadas, así como a los centros residenciales de titularidad del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, otorgándoles a todos ellos preferencia en la sucesión legal intestada de aquellas personas a las que proporcionan atención.

- d) Además, se introduce una mejora técnica de carácter eminentemente práctico en el artículo 348, incluyendo la posibilidad de interpelación al llamado a la herencia mediante intervención notarial, manteniendo en todo caso la vía de la jurisdicción voluntaria y precisando la determinación del plazo para el caso en que sea el Notario el que practique la interpelación.

TRIBUTOS

Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón. BOA 17-04-2023

La disposición final segunda modifica el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón.

Entre otros, el artículo 160-3 sobre beneficios fiscales en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en lo relativo a tipo reducido aplicable a la adquisición de inmuebles para iniciar una actividad económica y bonificaciones en cuota aplicable a la adquisición de vivienda habitual por familias numerosas.

CONTRATOS

Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón. BOA 17-04-2023

Tiene un triple objetivo: actualizar la normativa aragonesa en materia de contratos, proporcionar mayor seguridad jurí-

dica a los operadores económicos y órganos de contratación y desarrollar el potencial estratégico de la contratación pública en el territorio de Aragón.

La ley será de aplicación al sector público autonómico y local de la Comunidad Autónoma de Aragón, y entrará en vigor al mes de su publicación en el “Boletín Oficial de Aragón”, salvo las disposiciones referentes a la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón, que entrarán en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria que desarrolle su funcionamiento.

El Título III regula la contratación pública electrónica con tres capítulos relativos a la tramitación electrónica, los instrumentos electrónicos de apoyo a la contratación pública y la subasta electrónica. El artículo 70 «Cesión de contrato» prevé la posibilidad de cesión exigiendo en el apartado 4 la forma de *escritura pública*.

CANARIAS

SILENCIO NEGATIVO EN LEGALIZACIÓN DE EXPLOTACIONES GANADERAS

Ley 3/2023, de 6 de marzo, por la que se modifica parcialmente la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, y otra normativa sobre suelo, el artículo 24.1 de la Ley 7/2014, de 30 de junio, de la Agencia Tributaria Canaria, y se incorpora una disposición adicional novena a la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias. BOC 15-03-2023

La principal medida es cambiar el silencio administrativo positivo en las solicitudes de legalización territorial de explotaciones ganaderas por el negativo.

- a) Se modifica la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. El apartado 3 del artículo 130, que queda redactado en los términos siguientes:

“3. En el caso de los proyectos de iniciativa pública, el acuerdo de aprobación llevará implícita, a efectos expropiatorios, la declaración de utilidad pública o en su caso, el interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización del proyecto de interés insular o autonómico, teniendo el promotor, en su caso, la condición de beneficiario.”

- b) Se modifica la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias incorporando la disposición adicional novena en la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias, según la cual “Disposición adicional novena. Patrimonio de la Agencia Tributaria Canaria. La Agencia Tributaria Canaria asume la titularidad de los bienes del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias que esta destine al cumplimiento de los fines de dicha agencia. La competencia de adquisición, administración y disposición, y su formalización, sobre los bienes y derechos integrantes del patrimonio propio de la Agencia Tributaria Canaria corresponderá a la persona titular de la dirección, de conformidad con lo establecido en la Ley 7/2014, de 30 de julio, de la Agencia Tributaria Canaria, y su normativa de desarrollo.”

- c) Quedan derogadas cualesquiera normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo establecido en la presente Ley y, en particular, el Decreto ley por el que se modifica la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, concretamente, la disposición adicional vigesimotercera relativa a la legalización territorial de las explotaciones ganaderas, los artículos 177.1 y 180.3 y se incorpora una disposición

transitoria vigesimoquinta, relativos a los planes de ordenación de los recursos naturales, así como se modifica la disposición adicional segunda del Decreto 181/2018, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento de Canarias, el artículo 24.1 de la Ley 7/2014, de 30 de junio, de la Agencia Tributaria Canaria, y se incorpora una disposición adicional novena a la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

CASTILLA-LA MANCHA

VÍAS PECUARIAS

Ley 4/2023, de 24 de febrero, por la que se modifica la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha. DOCM 3-3-2023

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha podrá crear nuevas vías pecuarias, y ampliar las clasificadas, previa tramitación de los correspondientes procedimientos donde se acredite la indubitable necesidad. Las actuaciones de creación, ampliación y recuperación llevan aparejada la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados. Cuando de las actuaciones relacionadas anteriormente resulte afectada una o varias fincas registrales, la resolución firme será título suficiente para la inscripción o anotación en Registros, Inventarios o Catálogos administrativos, y para la inscripción en el Registro de la Propiedad competente para que, en su caso y conforme a la legislación aplicable, practique los asientos registrales oportunos.

La aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico que afecte a alguna vía pecuaria producirá los efectos propios del deslinde, sin que sea necesario su amojonamiento, al quedar aquéllas delimitadas por el nuevo planeamiento.



De la aprobación del planeamiento se dará traslado al Catastro y demás registros administrativos para su constancia, y, en su caso, al Registro de la Propiedad competente para su reflejo en los folios registrales relativos a la vía pecuaria y las fincas que lo componen.

AGRICULTURA FAMILIAR

Ley 9/2023, de 3 de abril, de Agricultura Familiar y de Acceso a la Tierra en Castilla-La Mancha. DOCM 17-04-2023

Por la presente norma se desarrolla la figura de la Explotación Familiar Agraria individual o de base asociativa, la definición de zonas que gozarán de protección agraria, la creación de un Banco de Tierras Disponibles en Castilla La Mancha, así como la implementación de otras medidas que coadyuven al impulso de la agricultura familiar en la región, con la finalidad de hacerla más sostenible económica, social y ambientalmente.

CASTILLA Y LEÓN

INCENDIOS FORESTALES

Decreto-Ley 2/2023, de 13 de abril, de Medidas Urgentes sobre Prevención y Extinción de Incendios Forestales. BOCLY 17-04-2023

CATALUÑA

PRESUPUESTOS PARA 2023

Ley 2/2023, de 16 de marzo, de presupuestos de la Generalitat de Catalunya para 2023. DOGC 17-03-2023

SECTOR PÚBLICO

Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para el 2023. DOGC 17-03-2023

Dicha ley afecta a muy distintos ámbitos, en lo que en el aspecto notarial, merece destacarse:

IRPF:

- En caso de **donativos a favor del Instituto de Estudios Catalanes**, del Instituto de Estudios Araneses/Academia Aranesa de la Lengua Occitana, de entidades privadas sin finalidad de lucro, de organizaciones sindicales y empresariales o de colegios profesionales u otras corporaciones de derecho público que fomenten la lengua catalana o occitana, **se establece una deducción de un 15% de las cantidades donadas, con el límite máximo del 10% de la cuota íntegra autonómica.**
- En caso de **donativos que se hagan a favor de las universidades catalanas**, de los institutos universitarios y otros centros de investigación integrados o adscritos a universidades catalanas, y de los centros de investigación promovidos o participados por la Generalidad, que tengan por objeto el fomento de la investigación científica y el desarrollo y la innovación tecnológicos, **se establece una deducción de un 30% de las cantidades donadas, con el límite máximo del 10% de la cuota íntegra autonómica.**
- Se incrementa la deducción máxima del 40% de las cantidades invertidas, hasta un máximo de 12.000 euros, en

la cuota íntegra autonómica del impuesto sobre la renta de las personas físicas, por cantidades invertidas durante el ejercicio en la adquisición de acciones o participaciones sociales como consecuencia de acuerdos de constitución de sociedades o de ampliación de capital en las sociedades mercantiles, con domicilio social y fiscal en Cataluña, que debe desempeñar una actividad económica, que no sea como principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, que cuente como mínimo, con una persona ocupada con contrato laboral y a jornada completa, y dada de alta en el régimen general de la seguridad social, y que el volumen de facturación anual no debe superar un millón de euros.

ISD

- a) En el ámbito de sucesiones: se establece, **para las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, una reducción en la base imponible de un 95 % del valor de las fincas** rústicas de dedicación forestal, si cumplen alguno de los siguientes requisitos:
- Disponer de un instrumento de ordenación forestal que haya sido aprobado o que se apruebe en el plazo voluntario de presentación de la autoliquidación.
 - Ser gestionadas en el marco de un convenio, acuerdo o contrato de gestión forestal formalizado con la Administración forestal.
 - Estar ubicadas en terrenos que han sufrido incendios forestales en los 25 años anteriores a la fecha de la muerte del causante o que han sido declarados zona de actuación urgente debido a los incendios que han sufrido.
- b) En el ámbito de donaciones:
- Se aumenta la reducción de un

95% del importe dado, hasta un máximo de 200.000 euros (o 400.000 euros para los donatarios que tengan un grado de discapacidad igual o superior al 33%), para las donaciones de dinero a favor de descendientes para constituir o adquirir un negocio profesional o una empresa o para adquirir participaciones, siempre y cuando la empresa, el negocio o la entidad tengan el domicilio social y fiscal en Cataluña, y no puede tener como actividad principal, la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

Además, se suprime el requisito de que el donatario no podía tener más de cuarenta años en la fecha de formalización de la donación y se aumenta el patrimonio neto del donatario, para poder disfrutar de esta reducción hasta un máximo de 500.000 euros.

- Se establece, para las adquisiciones por donaciones y otros actos inter vivos equiparables, que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, una reducción en la base imponible de un 95 % del valor de las fincas rústicas de dedicación forestal, si cumplen alguno de los siguientes requisitos:

- Disponer de un instrumento de ordenación forestal que haya sido aprobado o que se apruebe en el plazo voluntario de presentación de la autoliquidación.

- Ser gestionadas en el marco de un convenio, acuerdo o contrato de gestión forestal formalizado con la Administración forestal.

- Estar ubicadas en terrenos que han sufrido incendios forestales en los 25 años anteriores a la fecha de la muerte del causante o que han sido declarados zona de actuación urgente debido a los incendios que han sufrido.

- Si bien el disfrute definitivo de la reducción establecida en la presente

sección queda condicionado al mantenimiento de la finca rústica de dedicación forestal en el patrimonio del adquirente durante los 10 años siguientes a la fecha de la donación o cualquier otro negocio jurídico gratuito equiparable entre vivos, salvo que el adquirente fallezca dentro de este plazo.

- Se modifica la reducción por la donación de una vivienda que debe constituir la primera vivienda habitual o por la donación de dinero destinado a adquirirla, en la que pasa a incluirse también el supuesto en que se hace donación del terreno o de dinero para adquirir este terreno al descendiente para construir la primera vivienda habitual, y en caso de terrenos, para considerar que la vivienda constituye la vivienda habitual del contribuyente debe haber sido habitada de forma efectiva y permanente por el por el contribuyente en el plazo de 12 meses contados a partir de la fecha de adquisición de la vivienda o de finalización de las obras de construcción. En este último caso, las obras deben finalizar dentro de un plazo de 3 años a contar desde la donación.

ITP y AJD

- a) Se realizan modificaciones en la regulación de los tipos reducidos que grava la adquisición de inmuebles por parte de determinados contribuyentes (familias numerosas y monoparentales, personas con discapacidad y jóvenes), incrementando el tope de base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas hasta los 36.000 euros y se introduce también la adquisición del terreno en el ámbito de aplicación de los citados tipos.
- b) Se establece (a las escrituras públicas que se otorguen hasta el 31 de diciembre de 2025) una bonificación del 100% en la cuota tributaria del impuesto, en la modalidad de actos

jurídicos documentados, para las escrituras públicas que documenten actas y contratos en los que interviengan cooperativas de vivienda sin ánimo de lucro y de iniciativa social relacionados con la promoción y explotación de viviendas en régimen de cesión de uso, bien para uso habitual y permanente o destinados a residencias para personas mayores o con discapacidad.

IP

Se establece en el impuesto del patrimonio una bonificación del 95% en la parte de la cuota que corresponda proporcionalmente a las propiedades forestales, siempre y cuando dispongan de un instrumento de ordenación debidamente aprobado por la Administración forestal competente de Cataluña.

Código Tributario de Cataluña

El mismo se encuentra regulado en la Ley 17/2017, del Código tributario de Cataluña y de aprobación de los libros primero, segundo y tercero, relativos a la Administración tributaria de la Generalidad.

En esta ley se aprueba el libro cuarto del Código tributario de Cataluña, relativo a la política fiscal corporativa, quedando todavía pendientes de aprobación el libro quinto, relativo a los impuestos propios, el libro sexto, relativo a los tributos cedidos y el libro séptimo, relativo a las tasas, los precios públicos y las contribuciones especiales de la Generalidad de Cataluña.»

Ley Patrimonio de la Generalidad

Se recoge una modificación del artículo 17 del texto refundido de la Ley de patrimonio, aprobado por el Decreto legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, con el objetivo de establecer como principios básicos que los bienes de dominio público de la Generalidad son inalienables, imprescriptibles e inembargables; en cambio, los bienes y derechos patrimoniales pueden ser enajenados siguiendo el procedimiento y habiendo cumplido previamente los requi-



sitos legalmente establecidos, si bien, los tribunales y las autoridades administrativas no pueden dictar ninguna providencia de embargo ni ningún mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando están afectados a un servicio público, a una función o a una finalidad pública.

Medidas de contratación pública

Se contiene, por un lado, la modificación del artículo 45 de la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y financieras, para conseguir seguridad jurídica mediante la adaptación a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y se refiere a la necesidad de autorización del Gobierno en los casos de valor estimado del contrato igual o superior a 12 millones euros; y por otro, incluye la modificación del Decreto ley 5/2021, de 2 de febrero, por el que se

aprueban medidas urgentes para la implementación y gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del fondo REACT-EU para la Administración de la Generalitat de Catalunya y su sector público, en relación con la subcontratación y los contratos y acuerdos marco que se financien con fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del fondo REACT-EU, y otros aspectos.

Finanzas Públicas

También comprende medidas relativas al régimen jurídico de las finanzas públicas. Incluye una serie de adiciones y modificaciones del texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, y una modificación de la Ley 16/1984, de 20 de marzo, de estatuto de la función interventora.

Sector público

A continuación, se reúnen las medidas en el ámbito del sector público, y se estructura en medidas en materia de personal de la Administración de la Generalitat y su sector público; medidas en el ámbito del sector público; medidas de reestructuración y racionalización del sector público, y modificaciones legislativas en materia de órganos independientes o estatutarios.

Medidas administrativas

Finalmente, se agrupan las medidas administrativas,

- medidas administrativas en materia de educación;
- medidas administrativas en materia de política social e igualdad;
- medidas administrativas en materia de vivienda de protección oficial, afectando a diversas disposiciones normativas. Así, se modifica la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, con el objetivo de determinar los precios máximos aplicables a las viviendas con protección oficial en primeras adjudicaciones y adjudicaciones posteriores;

- d) medidas administrativas en materia de medio ambiente y sostenibilidad, de infraestructuras y movilidad, de urbanismo y de ordenación de aguas. En urbanismo, introduce modificaciones en el texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto. Entre estas, destacar el establecimiento de la regulación de los planes urbanísticos para la implantación de actuaciones declaradas de interés general superior;
- e) Medidas administrativas en materia de turismo y comercio;
- f) Medidas administrativas en materia de actividad económica;
- g) Medidas administrativas en materia de cultura;
- h) otras medidas administrativas de carácter sectorial, y entre ellas, podemos destacar:

Censos, se modifica la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, para simplificar el mecanismo de redención de censos constituidos de acuerdo con la legislación anterior a la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos.

Propiedad horizontal, se modifica también el libro quinto del Código Civil, con relación a la adopción de acuerdos en el régimen de propiedad horizontal, en acuerdos que es necesaria la mayoría simple de la Junta de Propietarios.

En cuanto a las disposiciones finales, a destacar, que según la DF 1ª, con efectos de la entrada en vigor de la presente ley, el aplazamiento que concedan los órganos de gestión de la Administración tributaria en virtud del artículo 73.1 de la Ley 19/2010, de 17 de junio, de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, puede ser de hasta dos años, y la DF 3ª, hace un mandamiento al Gobierno para que apruebe un decreto legislativo sobre el libro sexto del Código tributario de Cataluña, relativo a los tributos cedidos.

COMUNIDAD VALENCIANA

CAMBIO CLIMÁTICO

Ley 1/2023, de 8 de marzo, de la Generalitat, de creación de la Agencia Valenciana de Cambio Climático. DOGV 10-03-2023

BIENESTAR ANIMAL

Ley 2/2023, de 13 de marzo, de la Generalitat, de Protección, Bienestar y Tenencia de animales de compañía y otras medidas de bienestar animal. DOGV 14-03-2023

VIVIENDA

Ley 3/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, de Viviendas Colaborativas de la Comunitat Valenciana. DOGV 19-04-2023

Se regula en el artículo 18 un derecho de tanteo y retracto a favor de las administraciones públicas cuando, como consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial o realización patrimonial extrajudicial, la entidad titular del edificio o conjunto residencial de viviendas colaborativas pueda perder su condición de titular del mismo y con ello la posesión de las viviendas, serán de aplicación las normas autonómicas y estatales sobre derecho de tanteo y retracto.

Introduce el concepto de la función social en la declaración de cooperativas de utilidad pública, considerándose como

tal la promoción, construcción, rehabilitación de edificios y conjuntos residenciales para su adaptación a vivienda colaborativa y gestión de viviendas colaborativas en régimen de cesión de uso sin ánimo de lucro. En todo caso, la cooperativa deberá ostentar la titularidad, en propiedad o como poseedora, del edificio o conjunto residencial donde se ubiquen viviendas colaborativas que serán disfrutadas en régimen de cesión de uso por las personas socias de dicha sociedad.

COOPERATIVAS

Resolución 656/X, del Pleno de las Corts Valencianes, sobre la convalidación del Decreto ley 4/2023, de 10 de marzo, del Consell, de modificación del Decreto legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el texto refundido de



APIS - Peritos Judiciales

C/ Bailèn, 136-138 local 2 bis - 08037 BARCELONA
93 207 39 44 - www.APIS.casa - apis@apis-peritos.com

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

la Ley de cooperativas de la Comunitat Valenciana (RE número 70.526), aprobada en la sesión de 30 de marzo de 2023. DOGV 12-04-2023

MEDIDAS ECONÓMICAS

Decreto Ley 7/2023, de 14 de abril, del Consell, de medidas extraordinarias de apoyo a personas físicas vulnerables para paliar los efectos de la subida de los precios de la alimentación como consecuencia de la guerra en Ucrania y de la subida de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios sobre la vivienda habitual. DOGV 19-4-2023

Este decreto ley tiene por objeto la aprobación de las medidas de gestión administrativa y presupuestaria en el ámbito de la Generalitat, que deben incluirse en las bases reguladoras y en la convocatoria de las ayudas directas dirigidas a personas físicas que forman parte de colectivos vulnerables, a cuyos efectos se aprueban los siguientes programas de ayudas destinadas a las siguientes finalidades:

Se aprueba el programa de ayudas por concesión directa a personas físicas con bajo nivel de ingresos denominado “Bono Cesta de la Compra”, con la finalidad de paliar los efectos negativos de la subida de los precios de los productos de alimentación.

Se aprueba el programa de ayudas a personas físicas que forman parte de colectivos vulnerables con préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual en régimen de tipo de interés variable con residencia habitual en la Comunitat Valenciana. La finalidad de la ayuda consiste en reducir la probabilidad de la pérdida de la vivienda habitual por parte de esos colectivos por no poder afrontar el pago de las cuotas hipotecarias.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Ley 4/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, de Participación Ciudadana y Fomento del Asociacionismo de la Comunitat Valenciana. DOGV 20-04-2023

DESPOBLACIÓN

Ley 5/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunitat Valenciana. DOGV 21-04-2023

EXTREMADURA

AGRICULTURA. AYUDAS

Resolución de 9 de marzo de 2023, de la Presidencia de la Asamblea de Extremadura, por la que se ordena la publicación del Decreto-ley 7/2022, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Decreto-ley 3/2022, de 31 de agosto, por el que se regulan ayudas temporales excepcionales en el marco del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) a agricultores y PYMES en respuesta a las especiales repercusiones de la invasión de Ucrania por parte de Rusia. DOE 15-03-2023

MEDIO AMBIENTE

Ley 2/2023, de 22 de marzo, por la que se regulan determinados aspectos de la Red ecológica europea Natura 2000 en la Comunidad Autónoma de Extremadura. DOE 24-03-2023

INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Resolución de 23 de marzo de 2023, de la Presidencia de la Asamblea de Extremadura, por la que se ordena la publicación del Decreto-ley 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura. DOE 29-03-2023

COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Ley 3/2023, de 29 de marzo, de Cooperación y Solidaridad Internacional de Extremadura. DOE 31-03-2023

El objeto de la presente ley es establecer

y regular, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, el régimen jurídico aplicable en materia de cooperación para el desarrollo y solidaridad internacional.

VIVIENDAS

Ley 4/2023, de 29 de marzo, que modifica la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, y por la que se crea el Impuesto sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores, el Fondo de Garantía de Adquisición de Vivienda de Extremadura y el Mecanismo de garantía de alojamiento y realojamiento del menor y se modifican otras normas tributarias. DOE 31-03-2023

La presente ley tiene por objeto garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna, de calidad, accesible y adecuada a la situación personal, familiar, económica, social y capacidad funcional, asegurando a la ciudadanía una debida calidad de vida y, especialmente, a las unidades familiares y de convivencia integradas por menores, en riesgo de exclusión residencial por desalojo.

Se añade la letra I al artículo dos, creándose el impuesto sobre las viviendas vacías a los grandes tenedores.

ISLAS BALEARES

SOCIEDADES COOPERATIVAS

Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears. BOIB 14-03-2023

El objeto de esta ley es la regulación y el fomento de las cooperativas que de forma efectiva y real desarrollen principalmente la actividad cooperativizada con sus personas socias en el territorio de la comunidad autónoma de las Illes Balears, sin perjuicio de la actividad con terceras personas o de la actividad instrumental o

personal accesoria que se realice fuera de ese territorio.

Esta ley es de aplicación a las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas que tienen el objeto social principalmente en el ámbito de las Illes Balears.

TRANSFORMACIÓN GLOBAL

Ley 8/2023, de 27 de marzo, de cooperación para la transformación global. BOIB 30-03-2023

APUESTAS Y JUEGO

Ley 9/2023, de 3 de abril, de modificación de la Ley 8/2014, de 1 de agosto, del juego y las apuestas de las Illes Balears. BOIB 8-04-2023

BIENESTAR

Ley 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras de las Illes Balears. BOIB 13-04-2023

MADRID

REBAJAS FISCALES

Ley 3/2023, de 16 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, para la adopción de medidas fiscales dirigidas a la protección a la maternidad y paternidad y de fomento de la natalidad y la conciliación. BOCM 23-03-2023

Consisten tales medidas en la ampliación de las deducciones en el IRPF por nacimiento o adopción de hijos y por cuidado de hijos menores de 3 años, y dos nuevas deducciones: por adquisición de vivienda habitual motivada por el nacimiento o la adopción de hijos y por adquisición de la condición de fa-

milia numerosa. Así mismo se mejora la deducción por arrendamiento de vivienda habitual y se crea una nueva deducción por el pago de intereses de préstamos para la adquisición de vivienda por jóvenes.

Además, se equipara a los menores acogidos y tutelados con los propios descendientes a efectos de la aplicación de la normativa aprobada por la Comunidad de Madrid en el impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Ley 10/2023, de 12 de abril, por la que se modifica el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, para ampliar las deducciones autonómicas en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. BOCM 17-04-2023

Esta nueva rebaja fiscal consiste en la creación de tres nuevas deducciones por cuidado de ascendientes, por los gastos derivados del arrendamiento de viviendas, y, por el pago de intereses de préstamos para estudios de grado, máster o doctorado. Además, se amplían las deducciones por gastos de enseñanza de idiomas, por cuidado de hijos menores de tres años, que se extiende al cuidado de mayores dependientes y personas con discapacidad y por inversión en la adquisición de acciones y participaciones sociales de nuevas entidades o de reciente creación, en la que se incrementan los porcentajes de deducción.

PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid. BOCM 27-03-2023

Deroga la Ley 6/1995, de 28 de marzo, Ley

responde a la necesidad de adecuar el marco normativo madrileño a las nuevas normas internacionales, fundamentalmente, la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, y estatales, dotando a la Comunidad de Madrid de un marco jurídico adaptado a las nuevas necesidades y riesgos de la infancia y adolescencia. Incluye, además, un derecho de “nueva generación”: el derecho al desarrollo y al crecimiento en el seno de una familia.

PAÍS VASCO

POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas. BOPV 27-03-2023

VIOLENCIA DE GÉNERO

Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres. BOPV 27-03-2023

LA RIOJA

AVAL PARA PRIMERA VIVIENDA

Ley 4/2023, de 7 de marzo, por la que se modifica la Ley 16/2022, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2023. BOR 9-3-2023

Se modifica la ley de presupuestos para permitir que el Gobierno de La Rioja avale a menores de 35 años en operaciones de préstamo que realicen para la adquisición de su primera vivienda habitual, con el límite del 20% del valor de tasación de la vivienda.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA



Leer más

Henar Alonso Pascual y María José Ferrer Lucas, notarios

Reagrupación familiar: el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que exige, sin excepción, que la solicitud de reagrupación familiar se presente en persona ante una representación diplomática competente, sin perjuicio de la posibilidad de que ese Estado miembro exija comparecer personalmente en una fase posterior del procedimiento de solicitud de reagrupación familiar, para comprobar los vínculos familiares y su identidad

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-1/23 PPU. 18 de Abril de 2023

En agosto de 2022 la Administración belga reconoció a un nacional sirio el estatuto de refugiado en Bélgica, dejando a su mujer y dos hijos en Siria. En septiembre de 2022, la esposa e hijos presentan mediante correo electrónico una solicitud de entrada y residencia por reagrupación familiar.

La Oficina de Extranjería respondió que, conforme a la legislación belga, no es posible presentar una solicitud mediante correo electrónico. Es por ello que presentaron demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas al objeto de que se registrara la solicitud de reagrupación familiar, alegando la imposibilidad en la que se encontraba la esposa y sus hijos para desplazarse a una representación diplomática belga competente.

Dicho órgano jurisdiccional pregunta al Tribunal de Justicia si el Derecho de la Unión confirma o se opone a la normativa belga controvertida. El Tribunal de Justicia señala, por un lado que los Estados miembros actúen con la flexibilidad necesaria para permitir que los interesados puedan presentar su solicitud de reagrupación familiar, facilitando su presentación y admitiendo, la utilización de medios de comunicación a distancia. Y esa flexibilización debe darse con mayor énfasis si los interesados se encuentran en un país marcado por un conflicto armado siendo menores las posibilidades de desplazarse.

Por otro lado respecto de la situación de los refugiados, el Tribunal de Justicia añade que la falta de toda flexibilidad puede obstaculizar el cumplimiento de los plazos legales, contraviniendo el objetivo de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación.

Recalca el Tribunal que los miembros de la familia del reagrupante comparezcan en persona para presentar una solicitud de reagrupación familiar, incluso cuando sea imposible o excesivamente difícil, vulnera el derecho al respeto de la unidad familiar. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisa que el procedimiento de solicitud de reagrupación familiar se desarrolle por fases. Así, los Estados miembros pueden requerir la comparecencia personal de los miembros de la familia del reagrupante **en una fase posterior del procedimiento**, en particular, de comprobar los vínculos familiares y la identidad de los interesados, sin que sea necesario imponer, tal comparecencia personal al presentar la solicitud.

El Tribunal de Justicia determina para concluir que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional *-que exige la comparecencia personal inicial en la presentación de una solicitud de entrada y residencia por reagrupación familiar-*, y sin perjuicio de la posibilidad de que ese Estado miembro exija comparecer personalmente en una fase posterior del procedimiento de solicitud de reagrupación familiar.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Leer más

Miguel Llorente Gonzalvo, notario

Educación religiosa de un hijo en caso de desacuerdo de padres en proceso de divorcio: el menor ha de ser oído

Sentencia 5/2023, de 20 de febrero de 2023. Recurso de amparo 6808-2019, contra resoluciones de juzgado de primera instancia de Majadahonda y Audiencia Provincial de Madrid en procedimiento de jurisdicción voluntaria. Sala Segunda. Ponente el magistrado don César Tolosa Tribiño. Estimatoria. Voto particular.

Un padre ahora recurrente inició procedimiento de jurisdicción voluntaria ante Juzgado de Primera Instancia de Majadahonda [ex arts. 87 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV) y 158 del Código civil (CC), y art. 39.3 y 4 CE] para que su esposa, en proceso de divorcio, ni llevara a misa ni bautizara al hijo menor común sin el consenso y consentimiento de él, el padre no custodio, y que el hijo siguiera estudiando la asignatura “valores cívicos y sociales” en el colegio. La madre tenía judicialmente la guarda y custodia del menor y el padre visitas y estancia en fines de semana alternos y otros días, pero la patria potestad se ejercía conjuntamente por ambos. El padre alegó que el matrimonio había acordado no bautizar al hijo, que no asistiera a misa ni a catequesis, ni recibiera la primera comunión, hasta que una vez alcanzada la mayoría de edad tomara de forma consciente y libre sus propias decisiones en el ámbito espiritual. Así le educaron, no asistiendo a misa salvo en celebraciones familiares puntuales y matriculando al menor en la asignatura de «valores cívicos y sociales». Afirma que la madre obliga al menor a acudir a misa en contra de la voluntad y resistencia del menor, diciendo el menor que quiere seguir estudiando «valores cívicos y sociales», que está muy motivado con la asignatura y que tiene una calificación de sobresaliente.



El padre alega que la madre vulnera los derechos del padre como titular de la patria potestad y perjudica el bienestar e interés del menor, yendo contra su voluntad, y contraviniendo los consensos de los padres el inmatricular al menor en colegio laico y no en clases de «religión» sino en las de «valores cívicos y sociales». En jurisdicción voluntaria en primera instancia la madre alega que las partes contrajeron matrimonio canónico, al ser ella católica practicante, que no hubo consenso en no educar al hijo en la religión católica, y que tras el nacimiento, su marido se negó a bautizarle, pese a que había jurado educar a sus hijos en la fe católica. Que el niño siempre había acompañado a su madre a misa los domingos y fue monaguillo, que escogieron el colegio porque ofrecía formación religiosa y recibir los sacramentos dentro de la vida escolar, y que antes del divorcio el padre de modo unilateral y sin conocimiento ni consentimiento de la madre, cambió al niño de clase de religión a la asignatura de valores cívicos y sociales, con una autorización firmada solo por él, siendo el único niño de su clase que la cursa. Fiscalía dijo que la falta de bautismo y la no inscripción en la asignatura de religión, no es vinculante ni inmutable, y que al deseo del padre de que a la mayoría de edad el hijo pueda decidir por sí mismo, no ha de perjudicarle el conocer los valores que

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



la religión católica conlleva, por lo que la educación en la religión católica que quiere compartir la madre con su hijos se estima enriquecedora y debe ser aceptada. El Juzgado de Primera Instancia concedió a la madre la facultad de matricular a su hijo en la asignatura de religión católica y de tramitar lo necesario para que le sea administrado el sacramento del bautismo, pues dice que no son propiamente actos de los que derive un riesgo o perjuicio para el menor en el sentido del indicado precepto. Entiende que la Constitución no considera el hecho religioso como nocivo o perjudicial para la formación integral de la persona, sino que parece ver que el hecho religioso es positivo, puesto que el art. 16 CE expresa el compromiso del Estado de mantener relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas. En apelación la Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso del padre pues: el menor no está matriculado en la asignatura de religión y además por autorización judicial el menor se encuentra bautizado y ser una circunstancia religiosa que carece de trascendencia alguna en su estado; y porque una vez disuelto el matrimonio, un progenitor no puede impedir que al otro que éste pueda transmitir sus propios valores a su hijo, y máxime cuando estos valores no atentan a la integridad del menor, ni son contrarios al orden público existente. El padre recurre en amparo al TC por vulneración el derecho a la libertad ideológica y religiosa de los menores de edad (art. 16.1 y 2 CE, art. 14 de la Convención de derechos del niño y art. 6 de la Ley Orgánica 1/1996) de modo que ningún menor puede ser obligado por sus padres a ser adscrito a una determinada confesión religiosa y menos abandonarse

a sus progenitores, que en la patria potestad debe primar el interés del menor. Sostiene que la madre rompió el principio de continuidad en los consensos previos, abandonando la neutralidad y obligando a participar al menor en actos religiosos. Alude a que el art. 27.3 CE garantiza también el derecho que asiste a los padres «para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», en relación con los arts. 16.1 y 14 CE, a la luz de los principios constitucionales del art. 10.1 CE, sin que las creencias de los menores puedan quedar a merced de uno solo de los titulares de la patria potestad. Las medidas acordadas por los tribunales violan «los derechos fundamentales del hijo y del padre, se han visto afectados directamente sus derechos a la libertad ideológica y a su libertad de elegir». También considera que se ha vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) como resultado de la opción plasmada en las resoluciones judiciales impugnadas en favor de la religión católica y de la administración a su hijo del sacramento del bautismo frente al criterio del demandante, pese a que ninguno de los dos progenitores tiene mejor derecho a controlar, dirigir o influir en la vida religiosa y creencias del hijo menor. c) Finalmente, alega que se le ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Considera que las resoluciones han vulnerado el derecho de defensa, causando indefensión. No se celebró la preceptiva comparecencia prevista en la Ley de jurisdicción voluntaria, se impidió la posibilidad de proponer, practicar y utilizar los medios de prueba oportunos, así como la audiencia al menor. Con la finalidad de sustentar dichas vulneraciones recuerda las diversas resoluciones recaídas en el procedimiento en orden a la celebración y suspensión de la comparecencia, así como el tenor literal del art. 85 LJV. Añade que las diversas resoluciones dictadas han incurrido en contradicción y han incumplido la regulación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, privando de la posibilidad de aportar prueba complementaria de los hechos básicos, de la audiencia del menor, de la posibilidad de presentar testigos, pedir periciales o presentar informes, entre otros medios de prueba. Los arts. 17, 18 y 85 LJV establecen la preceptiva comparecencia no pudiendo resolverse la demanda únicamente con los documentos presentados. Sostiene que la resolución judicial, refiriéndose a la decisión del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, es claramente incongruente, modificando la causa de pedir, y alterando de oficio la acción ejercitada, al autorizar expresamente el bautismo del menor y su inscripción en la asignatura de religión católica que nadie había pedido. Estimatoria. El TC entiende **vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE). Al menor se le vulneró su derecho a ser oído y escuchado en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, párrafo tercero del art. 156 CC y art. 85.1 LJV). De este modo,**

no se pudo tomar en consideración sus deseos, sentimientos y opiniones, en aspectos tales como la asignatura que prefería cursar o su preferencia por asistir o no a oficios religiosos, a catequesis, o recibir el bautismo, pese a que las posiciones de las partes sobre la voluntad del menor en tales asuntos eran contrapuestas. No era descartable que sobre estas materias tuviera uso de razón, de entendimiento o de juicio y no se valoró por personal especializado si tenía suficiente madurez (art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996), para manifestar su predilección sobre los concretos aspectos en que los progenitores tenían posiciones encontradas. Que el Juzgado y la Audiencia no diesen audiencia al menor por tener ente 7 y 8 años, supone desconocer la opinión y preferencia del menor, que no pudo ser tomada en cuenta ni valorada por Fiscalía, quedando marginado el interés superior del menor, y sin motivación suficiente las sentencias, conculcando la tutela judicial efectiva y generando indefensión. El TC otorga parcialmente el amparo solicitado, al anular la primera y segunda instancia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la providencia para que, por parte de ese órgano judicial, se tramite la solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria, respetando los derechos fundamentales del recurrente y del menor, actualmente mayor de doce años. Si bien la reparación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en un caso como el presente, la estimación del amparo ha de tener como efecto exclusivamente el reconocimiento del derecho de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado y la nulidad de las indicadas resoluciones [art. 55.1 a) y b) LOTC], toda vez que han transcurrido más de cinco años desde que se dictó la providencia anulada, el menor tiene actualmente más de doce años, recibió el bautismo antes de que se dictara la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, y hace cinco años que finalizó el curso 2017-2018 en el que estuvo matriculado en la asignatura de «valores cívicos y sociales». Estimatoria. **Voto particular del magistrado don Ramón Sáez.** Los jueces justificaron el adherir al menor a la religión de la madre –mediante el bautizo y la inscripción en la asignatura de religión católica, cuando no había sido bautizado y venía asistiendo a la clase de valores cívicos mientras sus progenitores vivieron juntos– en la consideración de que era mejor que la ausencia de creencias religiosas del padre. El menor ya no puede decidir libremente al margen de la creencia que profese: lo hizo la autoridad judicial en su lugar, vulnerando la libertad de conciencia del menor al no proteger su libertad de elección ni escucharle. También discriminaron irrazonablemente al padre que no estaba adherido a una creencia religiosa y quería que su hijo fuera educado en una concepción laica y que decidiera su plan de vida cuando alcanzara la madurez. Dar preferencia a la religión católica desalentando concepciones no religiosas o indiferentes conculca la laicidad constitucional del Estado.

Ley de la eutanasia. Al ponderar la autonomía del paciente frente al derecho a la vida, el TC niega que éste sea absoluto

Sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4057-2021, contra Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Pleno. Ponente el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel. Desestimatoria. Votos particulares.

50 Diputados de Vox impugnan toda la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE). Alegan vicio formal pues al no provenir de proyecto de ley sino de proposición de ley, debió recabarse previo informe del Consejo General del Poder Judicial revisado sólo para proyectos de ley (art. 561.1 LOPJ), dada la «identidad funcional» entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria que le apoya, lo que es fraude de ley y perjudica a las minorías (art 23 CE), lo mismo que tramitación acelerada y durante un estado de alarma. Alegan que la LORE al consagrar un «derecho a exigir que el Estado provoque la propia muerte», vulnera frontalmente el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), de carácter «absoluto». Subsidiariamente, alegan inconstitucionalidad: de arts. 7.2, 8.4, 17 y 18 a) párrafo cuarto, así como la disposición adicional 1ª LORE, por no garantizar el debido control sobre las decisiones que faciliten o reconozcan la «prestación de ayuda para morir» regulada en la Ley, por sustituir el necesario control judicial por controles meramente administrativos y por infringir el deber del Estado de investigar las causas de la muerte de las personas situadas bajo su jurisdicción. (arts. 15, 24, 53.2, 106 y 117 CE); de arts. 3, puntos d), e) y h); 5.1 c); 5.2; 6.4; 9, y 12 a), párrafo cuarto, LORE, así como su disposición adicional 6ª, párrafo 2º, por la regulación de la llamada «situación de incapacidad de hecho»(arts. 15, 24 y 53.2 CE); de arts. 5.2, párrafo 2º, y 17.5 LORE, así como sus disposiciones adicional 6ª y final 3ª, por remitir a la administración para el complemento de la regulación legal (art. 15 CE, art. 9.3 CE y arts. 53.1 y 81.1 CE.); y respecto de la objeción de conciencia, el art. 16.2 LORE y su disposición final 3ª serían contrarios a la libertad ideológica y religiosa y a la reserva de ley orgánica (arts. 16.2 y 81.1 CE). El TC desestima el recurso. La CE, presidida por el pluralismo político (art. 1.1 CE), no es un programa cerrado sino suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. El TC no sustituye al Legislativo, sólo enjuicia la LOE respeta los límites constitucionales. El TC no analiza los apartados recurridos no fundamentados ni principal ni subsidiariamente por los recurrentes («médico consultor», el requisito de las 2 solicitudes voluntarias, autónomas y fehacientes, con 15 días naturales entre ambas, las comisiones de ga-

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

rantía y evaluación, o el preámbulo mismo). Considera irrelevante no haberse solicitado informes ni del CGPJ ni al Comité de Bioética de España, puesto que las proposiciones de ley no requieren de la emisión de informes previos de tipo alguno, fueran o no los mismos exigibles para el Gobierno antes de someter al Congreso un determinado proyecto de ley (art. 88 CE), pues la potestad legislativa del Estado corresponde en exclusiva a las Cortes Generales. El Comité de Bioética de España emitió de oficio un informe que fue referido en debate parlamentario. El TC no ve fraude y se aleja de la lucha política. El TC considera el «derecho de prestación de ayuda para morir» para personas que lo demandan en contextos eutanásicos según la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Hay una evolución en los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que, en base a la autonomía del paciente y el consentimiento informado, amplía el derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Distingue entre asistencia al suicidio, y provocar directamente la muerte, que en situaciones de sufrimiento intolerable fruto de enfermedades o padecimientos graves e incurables, entra la «eutanasia», «muerte digna» o «buena muerte». La evolución normativa instaura un nuevo modelo en la relación entre médico y paciente que descansa sobre la autonomía de la persona y su facultad de autodeterminación, al declararse nuevos derechos los de «decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» y «negarse al tratamiento». El TC se alinea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretando los arts. 2 y 8 del Convenio de Roma que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, poniendo en relación los deberes de protección de la vida humana por parte del Estado con el principio de autonomía personal y su virtualidad sobre las decisiones en el final de la vida. Dice el TC que la vida humana es un bien constitucional objetivo protegible por el poder público pero no admite una interpretación del art. 15 CE – todos tienen derecho a la vida – que atribuya carácter absoluto a la vida e imponga a los poderes públicos un deber de protección incondicional que implique un paradójico deber de vivir y, en tal medida, impida el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona experimenta como inaceptable. No hay el alegado carácter absoluto del derecho a la vida y del bien constitucional vida, habiéndose pronunciado el TC en ese sentido en materia del aborto o en la alimentación forzosa de los internos en huelga de hambre reivindicativa, o la posible ilicitud de medidas impeditivas de la muerte que hubiera sido decidida por la persona en circunstancias distintas. Como el consentimiento eutanásico

es libre e informado, dice el TC que no es una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho, sino ante una de las decisiones vitales –por más que extrema y fatal– de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). El control previo administrativo no excluye el control judicial contencioso administrativo e incluso penal si la eutanasia es contra la LOE. En cuanto a las personas con incapacidad de hecho los requisitos para la eutanasia no se «relajan» a criterio del médico responsable sino que se restringen, pues solamente podrá reconocerse si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2) y en los términos en que lo admitan (arts. 5.2 y 9), y si no, no. Ese documento en ningún caso podría suplir la voluntad actual del paciente capaz que no manifestara, en los términos de la LORE, su solicitud de recabar tal ayuda. Dice el TC que no contraviene la reservas de ley la aprobación administrativa de protocolos de actuación para la valoración de la incapacidad de hecho en el caso concreto por el médico responsable, pues es una cuestión fáctica que requiere un examen técnico caso a caso y no una mayor concreción que la que hace aquí la Ley Orgánica. Y TC dice que no hay un derecho fundamental genérico a la objeción de conciencia (art. 16.1 CE), lo que constituiría un inconcebible poder de veto individual frente a la legislación y la negación misma de la idea del Estado. El TC desestima el recurso. **Voto particular Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.** A favor, pero reprocha al TC que no dé contenido a la noción de dignidad que realmente sostiene el derecho a una muerte digna. La sentencia da sensación de inabarcabilidad y le resta carácter pedagógico. **Voto particular del magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla.** El TC se extralimita pues aborda el problema de los cuidados paliativos en unos términos que permiten entender que la eventual sustitución de la opción de la LOE por otra opción legislativa basada en un modelo de cuidados paliativos integrales, accesibles de manera efectiva para todos aquellos ciudadanos que los necesiten (y sin reconocimiento, en cambio, del derecho a la prestación de la eutanasia activa directa) es considerada como incompatible con el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). **Voto particular de la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.** En contra pues el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte no está en la CE, y ponderarlo al mismo nivel que el derecho troncal a la vida, minusvalora la doctrina del TC que declara que la vida humana no sólo es el objeto del derecho fundamental enunciado en el artículo 15 CE, sino condición necesaria para el ejercicio del resto de los derechos, lo que la sitúa como prius de la persona y de todas sus manifestaciones.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO



Leer más

Francisco Cano, Pedro Fernández, Lucía Martínez, Joaquín Parejo, Javier Semelas y Carlos Martínez (coordinador), notarios

PARTE GENERAL

ACCIÓN REIVINDICATORIA Y PRESCRIPCIÓN ORDINARIA. RELACIÓN CON PROCESO PENAL.

STS de 28 de marzo de 2023. Ponente: Don José Luis Seoane Spielberg. Desestimatoria

El pleito versa sobre una acción reivindicatoria de una finca a la que se opone una prescripción adquisitiva de buena fe entre presentes. No se entiende el supuesto sin mencionar que existe previamente un proceso penal contra el vendedor de la finca (doblemente inmatriculada) y la parte que ahora alega la prescripción. El mismo termina con la absolución de la parte que ahora opone la prescripción por el hecho de que no puede probarse connivencia con el vendedor (el vendedor y autor de la doble inmatriculación no pudo ser condenado por fallecer durante el proceso penal). El Tribunal Supremo recuerda a lo largo de la sentencia los requisitos de la usucapión con el objeto de determinar si se cumplen en el caso juzgado.

En lo referente a la posesión continuada, entiende que el hecho de que haya existido una querrela criminal de la que la parte que alega la prescripción salió absuelta no implica una interrupción de

la posesión en la medida que el artículo 1346.3 C.c. establece que no se produce la interrupción si el demandado “sale absuelto de la demanda”. Y ello lo establece incluso cuando el proceso penal termine con una resolución sin especificar responsabilidad en la medida que el principal acusado falleció durante el proceso.

En cuanto a la buena fe, tal y como requiere el artículo 1957 C.c., recuerda que tiene una doble vertiente: la de creer que quien transmitía el dominio era dueño de ella y podía transmitir su dominio (1950 C.c.) y que ignore que su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide (art. 433 C.c.). Entiende el TS que estos requisitos han de existir durante todo el tiempo necesario para la prescripción (1957 C.c.), y que el hecho de que la adquirente no solicitara la copia del título del que procedía la propiedad del vendedor, ni se solicitara información registral, (circunstancias ambas advertida por el Notario), hacen notar que faltó por parte de la adquirente la diligencia mínima debida. Finalmente, recuerda que la parte que alega la usucapión, aun absuelta de responsabilidad criminal, pudo saber durante el procedimiento penal el hecho de que su título se hallaba viciado, lo que lleva al Alto Tribunal a entender que, careciendo de buena fe, no procede la oposición de la usucapión. **P.F.Y.**

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO Y RECLAMACIÓN DE RENTAS. APLICACIÓN DE LA MORATORIA LEGAL ESTABLECIDA EN EL RDL 15/2020, DE 19 DE ABRIL, DERIVADO DE LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19

STS de 11 de abril de 2023. Ponente: Don Juan Luis Seoane Spielberg. Estimatoria

La procuradora D.^a XXX, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la FINCAooo, de Valencia, interpuso demanda de juicio verbal de desahucio por falta de pago y reclamación de cantidad contra D.^a Antonieta, en la que solicitaba al juzgado una vez requerido el demandado para que en el plazo de diez días: desaloje el inmueble, pague o formule oposición, se dicte:

Decreto dando por terminado el juicio si el demandado no atiende al requerimiento de pago o no compareciere para oponerse o allanarse, con expresa imposición de costas. Decreto de archivo en caso de desalojo e incluso aunque pague ya que el pago ulterior al vencimiento no excluye el desahucio; y, en ambos casos, con expresa imposición de costas. Sentencia, en caso de oposición y previa ce-

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

lebración del Juicio, declarando haber lugar al desahucio del local destinado a parking, sito en Valencia, por falta de pago de la demandada D.^a Antonieta, con expresa condena en costa. Siendo desestimada en primera instancia, siendo recurrida y estimada.

Posteriormente se interpuso recurso de casación fundado en tres motivos.

El primero de ellos, por infracción del art. 1 del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en relación con el art. 3.1 del Código Civil, referido a la interpretación de las normas jurídicas.

El segundo motivo por infracción del art. 3 del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en relación con el art. 3.1 del Código Civil, referido a la interpretación de las normas jurídicas.

Se formula el tercer motivo por infracción del art. 5 del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en relación con el art. 3.1 del Código Civil, referido a la interpretación de las normas jurídicas.

Siendo todos ellos estimados por el TS ya que la pandemia es un hecho notorio, y el cierre de la actividad económica, consecuciende dicha crisis sanitaria, guarda con ésta una indiscutible relación de causalidad con el contrato. **J.P.**

LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS SIN ASISTENCIA DEL CURADOR. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR

STS de 21 de marzo de 2023. Ponente: Doña María De Los Ángeles Parra Lucán. Estimatoria

Dentro del marco de la legislación anterior a la Ley 8/2021, se celebró un contrato de traspaso de negocio en mayo de 2016 entre los condueños de una comunidad de bienes y un incapacitado sometido a



curatela, sin la concurrencia de su curador. La Audiencia Provincial, aun declarando el contrato nulo ex art. 1301 C.c., entiende que debe compensarse el precio que pagó el incapacitado con el valor que tenía el negocio a la restitución, que disminuyó por la negligente actuación del mismo.

El Alto Tribunal, aplicando la legislación vigente al tiempo de la celebración del contrato, recuerda que junto con el artículo 1303 C.c., se establece la excepción del artículo 1304 C.c., que anteriormente establecía que el incapaz no debía restituir sino en cuanto se hubiera enriquecido con la cosa o precio que recibiera. La finalidad de dicha norma no es otra que asegurar que no resulte ilusoria la protección que se quiere dispensar mediante la nulidad de los contratos celebrados por tales incapaces, por haberlos malgastados. En este mismo sentido se pronunciaba el artículo 1314.2 C.c., en su redacción anterior.

En base a lo anterior, **entiende que la restitución del precio pagado debe ser total, y no puede ser compensada con el valor del negocio al tiempo de producirse la restitución. P.F.Y.**

INFORMACIÓN EN CONTRATOS FINANCIEROS. ERROR EN EL CONSENTIMIENTO. REBUS SIC STANTIBUS

STS de 11 de abril de 2023 Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Desestimatoria

Los antecedentes que dan lugar a esta sentencia pueden resumirse de la siguiente manera: Una sociedad contrata con un banco un préstamo para la adquisición de unas acciones y un contrato SWAP. Dicha sociedad tiene como único socio y administrador una persona que ha sido consejero de entidades financieras y es doctor en economía. Posteriormente se amortiza parcialmente el préstamo y el SWAP, incurriendo en este último en costes de cancelación. Se demanda por la entidad prestataria al banco solicitando la nulidad de la cláusula de los costes de cancelación o la aplicación del *rebus sic stantibus* al haber cambiado las condiciones del mercado. Ambas pretensiones son denegadas en primera instancia y en la audiencia provincial, la primera porque se entiende que era una persona que, por su formación, no podía haber sido inducido a error como consecuencia de no haber sido convenientemente por el banco, pues ya tenía conocimiento suficiente de este tipo de contratos SWAP y sus consecuencias. También se indica que no procede aplicar el principio *rebus sic stantibus* pues el SWAP es un contrato aleatorio.

Posteriormente en casación se cambia la petición y se pide la indemnización por la entidad bancaria de los perjuicios causados por no haber informado adecuadamente. En este caso el Tribunal Supremo, recordando la base fáctica, esto es, que la recurrente fue informada diligentemente, y que no cabe cambiarla ni discutirla en casación, desestima el recurso al apreciar causa de inadmisión por tratar de modificar los hechos que sirven de base al recurso y haciendo, por tanto, supuesto de la cuestión. **F.C.G.**

DERECHO DE FAMILIA

SOCIEDAD DE GANANCIALES. FORMACIÓN DE INVENTARIO. REEMBOLSO POR EL EMPLEO DE DINERO PRIVATIVO EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES GANANCIALES. REITERACIÓN DE DOCTRINA

STS de 28 de febrero de 2023. Ponente Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Estimatoria

La cuestión jurídica que se plantea en este recurso de casación versa sobre el derecho de reembolso a favor de un cónyuge por el importe del dinero privativo empleado en la adquisición de bienes gananciales.

El 26 de febrero de 2013 se dictó sentencia de divorcio del matrimonio contraído por la Sra. Daniela y el Sr. Gines. El 22 de febrero de 2017, la Sra. Daniela presenta escrito de solicitud de formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales. En su propuesta de inventario incluyó en el activo, además de un vehículo, la que fue vivienda común del matrimonio y el ajuar. En el pasivo incluyó el importe pendiente del préstamo hipotecario concedido para financiar la adquisición de la vivienda.

La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Daniela y excluye del pasivo el crédito a favor del Sr. Gines. Razona que, durante el matrimonio, los esposos hacían común lo que

recibían y que el esposo no hizo mención al reembolso, por lo que no compartía la tesis del juzgado de que el reembolso procediera por aplicación del art. 1358 CC. El Sr. recurre en casación que se interpone por la vía del art. 477.2.3.ª LEC y se funda en dos motivos. En el primer motivo se denuncia la infracción de los arts. 1346.3, 1354 y 1358 CC y justifica el interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 1361 CC y justifica el interés casacional por oposición de la sentencia recurrida

En el caso, la sentencia recurrida ha declarado el carácter ganancial de la vivienda, de acuerdo con lo interesado por las dos partes en la instancia. La sentencia recurrida, aceptando que el esposo ingresó en la cuenta común en gran parte el dinero fruto de la venta de una vivienda recibida por herencia niega el reembolso por dos razones que son contrarias a la doctrina de la sala.

El Sr. Gines vendió una vivienda adquirida por herencia, y por tanto privativa, y que del precio obtenido ingresó en una cuenta conjunta 146.049,27 euros. El Sr. Gines únicamente hace valer de esa cantidad un crédito por el importe del dinero empleado en la compra de la vivienda familiar ganancial. Esa cantidad, según mantuvo en el acto del juicio la defensa del Sr. Gines sería de 78.554,68 euros y, según el juzgado, de 102.504,08 eu-

ros (aunque en su fallo limitó el importe del crédito a lo solicitado). Estimando así el recurso. J.P.

VALIDEZ DEL PACTO DE RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES

STS de 13 de marzo de 2023. Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Estimatoria

En el presente supuesto de hecho los cónyuges que habían otorgado capitulaciones matrimoniales en las que se pactaba el régimen de separación de bienes y la mutua renuncia a una posible pensión compensatoria, se divorcian. En la demanda de divorcio la esposa reclama el pago de una pensión compensatoria de 800€ durante dos años y el pago de una indemnización de 51.200€ por dedicación a la casa y a la familia.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión, pero la Audiencia sí que reconoció el derecho de la esposa al cobro de una pensión compensatoria y de una indemnización argumentando que la validez y eficacia general de estos pactos está sujeta a que se hayan realizado dentro de ciertos límites, previstos y previsibles, a fin de evitar situaciones de desigualdad, desequilibrio o precariedad, que puede conllevar la nulidad o reajuste de dichos pactos, como según la Audiencia ocurría en el presente caso.



**TODO TIPO DE TRÁMITES:
ESPECIALISTAS EN HERENCIAS NO
RESIDENTES, PUBLICACIONES
EDICTOS Y ESCRITURAS
NOTARIALES, ETC, ETC**

**OPOSICIONES Y CONCURSOS,
NOTARIOS Y REGISTRADORES**

C/ Rodríguez San Pedro, 2 · Of. 707 · 28015 - MADRID
Web: www.ghg.es

Tfno: 91-00.292.00
E_mail: info@ghg.es

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El esposo recurre en casación y nuestro **Alto Tribunal estima el recurso basándose en la amplia doctrina jurisprudencial que admite plenamente la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus relaciones económicas dentro del matrimonio, siempre que se trate de materias disponibles y que se respeten los principios y valores constitucionales. F.J.S.**

DERECHO A RECLAMAR TRAS EL DIVORCIO LA MITAD DE LA CANTIDAD APORTADA ANTES DEL MATRIMONIO PARA LA COMPRA DE LA VIVIENDA HABITUAL
STS de 28 de febrero de 2023. Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán. Estimatoria

En el presente caso, en el momento de liquidar el régimen económico de gananciales por causa de divorcio, uno de los cónyuges demanda que se incluya en el inventario un crédito frente a la esposa en concepto de aportación para la adquisición de la que era la vivienda habitual. La vivienda la compraron antes de contraer matrimonio por mitades indivisas, pero el pago del precio se hizo en parte mediante la aportación de un capital procedente de la venta de una vivienda del demandante y el resto mediante un préstamo hipotecario en el que ambos eran prestatarios solidarios. Posteriormente, el demandante envió un borrador de escritura de extinción de condominio sobre la vivienda en el que reconocía un derecho de crédito a su favor por una quinta parte del capital aportado, pero dicha escritura nunca se llegó a firmar, habiendo sido rechazada por la parte demandada.

El juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que se trataba de una cuestión ajena a la liquidación de gananciales, por haberse producido la aportación con anterioridad al matrimonio. No obstante, la Audiencia, sí que estimó en parte la reclamación, pero solo por el importe que se había estipulado en el borrador de la escritura de extinción de condominio.

Nuestro Alto Tribunal revoca la sentencia dictada por la Audiencia señalando que por el hecho de que, en el borrador de la escritura de extinción de condominio, que nunca llegó a firmarse, se hubiera fijado una cantidad inferior como compensación para la adquisición de la vivienda, en ningún caso se puede deducir una voluntad de donación de la cantidad restante.

Como el pago del capital se realizó desde una cuenta conjunta, se recuerda en la sentencia que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, y por lo tanto, para que exista ánimo de liberalidad se debe probar cumplidamente, no bastando que la adquisición de la vivienda se haga por mitades indivisas. En consecuencia, reconoce la existencia de una deuda personal entre los cónyuges (no de la sociedad de gananciales por que se pagó antes del matrimonio) por la mitad del importe que se pagó por uno de ellos con capital propio. **F.J.S.**

DURACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. ARTÍCULO 1438 CC. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS
STS de 10 de marzo de 2023. Ponente: Doña María De Los Angeles Parra Lucán. Desestimatoria

El caso enjuiciado trata sobre un divorcio de dos cónyuges, él empresario y ella desempleada desde 2008 para dedicarse a sus hijas, en régimen matrimonial de separación de bienes, que convivieron desde 2005, tuvieron dos hijas en 2008 y 2012, se casaron en 2015 y se divorciaron en 2020.

En primera instancia se fija una pensión compensatoria de dos años y una indemnización de alrededor de 42.000 Euros, pero a dicha indemnización se le compen-san gastos hechos por el marido de alrededor de 40000 Euros, quedando una indemnización de alrededor de 1.400 Euros aproximadamente.

Tras recurrir ambos se resuelve en apelación estableciendo la pensión como indefinida, eliminando la compensación de los créditos, por lo que asciende la pensión

a 42.000 euros y estableciendo el cómputo de los intereses del total desde la sentencia de primera instancia.

Se recurre por el marido en casación alegando, de forma esquemática, lo siguiente: En primer lugar un recurso extraordinario de casación por infracción procesal señalando que el cómputo de los intereses, respecto del incremento en segunda instancia, debe hacerse desde la sentencia de la Audiencia provincial. También dos motivos en casación, se pide el cese del carácter indefinido de la pensión y la aplicación de la compensación de los gastos hechos por él en dentista, hipoteca y un coche, entre otros.

Vamos a ir desgranando cada uno de estos motivos por orden lógico.

En cuanto a la aplicación de la compensación señala nuestro Tribunal que no es ajeno a la posibilidad de esta compensación cuando proviene de cantidades extraordinarias donadas o dadas por uno de los cónyuges que pueden entenderse como anticipo de dicha compensación, lo cual no es aplicable a este caso, pues se consideran cantidades moderadas y se destinaban a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia que, a falta de pacto, deben ser en proporción a los respectivos recursos económicos, desproporción evidente en el caso que nos ocupa al llevar la mujer más de 13 años desempleada.

Una vez rechazada dicha compensación se pronuncia nuestro Alto Tribunal, en relación al motivo alegado por infracción procesal que en la sentencia de apelación no se discute la cuantía de la compensación, sino la posibilidad de los gastos hechos por el marido, por lo que al entrar solo en dicha compensación el cálculo de los intereses deberá ser desde la resolución de primera instancia.

Por último, se entra a discutir el límite temporal de la pensión compensatoria, por el recurrente se alega que su mujer tenía experiencia en el sector del calzado y por lo tanto posibilidad de reinsertarse en el mercado laboral. El motivo es también desestimado por el tribunal porque con 57 años, haber dejado de trabajar hace 13 y no

tener cualificación especial hace muy poco probables sus posibilidades de reinserción en el mercado laboral. Razona el Tribunal que la duración de esa pensión compensatoria debe estar enfocada a terminar con el desequilibrio económico producido con el divorcio, y atribuirle carácter temporal no debe alterar esa finalidad cuando es muy difícil revertir el mencionado desequilibrio, como ocurre en el presente caso, ya que la mujer pertenece además por estadística al mayor grupo de parados de larga duración.

Como consecuencia de estos tres motivos se desestima el recurso por el Tribunal. **F.C.G.**

RESPONSABILIDAD CIVIL POR UN DELITO FISCAL DEL ADMINISTRADOR DE UNA COOPERATIVA. NO HAY RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

STS de 6 de marzo de 2023. Ponente: Don José Luis Seonae Spielberg. Estimatoria

Se discute si son responsabilidad de la sociedad de gananciales unas deudas consecuencia de la comisión de un delito fiscal de uno de los cónyuges en su labor como administrador de una Sociedad cooperativa. En resumen, se trataba de declaraciones de IVA inexactas en la medida que incluían operaciones ficticias para conseguir devoluciones ilegales de IVA. Tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia condenaron a la sociedad de gananciales del administrador al pago de las deudas.

El Tribunal Supremo entiende que tales casos no son subsumibles al supuesto consignado en el artículo 1365.2 C.c., en la medida que la relación tributaria existía entre la Cooperativa y la AEAT, y por consiguiente, el obligado tributario era la Cooperativa. Recuerda, asimismo, que el artículo 1362.4 se refiere a las cargas de la sociedad, es decir, a las relaciones internas entre cónyuges, y no a las relaciones externas de la sociedad de gananciales que se regulan en los artícu-

los 1365 y siguientes C.c. Además, en el caso que nos ocupa, según ha establecido en las sentencias recurridas, no se ha producido beneficio personal alguno al demandado o a la sociedad de gananciales, ni había existido apropiación indebida por parte del administrador.

Por todo lo anterior entiende que no existe responsabilidad civil directa de la sociedad de gananciales respecto de las deudas de IVA, sin perjuicio de la responsabilidad personal del marido con su mitad de gananciales. **P.F.Y.**

DERECHO MERCANTIL

REPRESENTACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL SOCIO DE UN PAQUETE DE PARTICIPACIONES QUE PERTENECE A UNA COMUNIDAD: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. LA SITUACIÓN DE LA COTITULARIDAD SOBRE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES EN EL RÉGIMEN PROPIO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

STS de 24 de marzo de 2023. Ponente Don Juan María Díaz Fraile. Desestimatoria

1.- El procurador D. xxx, en nombre y representación de D. Ángel, interpuso demanda de juicio ordinario contra SA SOLANA, S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1.- Se declare la nulidad de todos los acuerdos adoptados por la Junta General Ordinaria de socios de SA SOLANA S.L. celebrada en San Antoni de Portmany el día 22 de julio de 2016 así como cualquier acuerdo o actuación que se derive o traiga causa en los mismos. 2.- Se ordene la inscripción de la sentencia que recaiga en las presentes actuaciones en el Registro Mercantil de la provincia, su publicación en extracto, así como la cancelación en el Registro Mercantil de la provincia de cualquier asiento o depósito que se haya producido como consecuencia del expresado

acuerdo, así como cuanto demás proceda en derecho".

- 2.- La demanda fue presentada el 24 de julio de 2017 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Palma de Mallorca, fue registrada con el n.º 791/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.
- 3.- No habiendo comparecido la parte demandada dentro del plazo para contestar a la demanda por diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2017, se declaró a SA SOLANA S.L. en situación de rebeldía procesal.
- 4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Palma de Mallorca dictó sentencia n.º 133/2018, de 19 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. xxx, en nombre y representación de D. Ángel, contra SA SOLANA S.L.:

1. declarando la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta General de socios de la entidad demandada celebrada en fecha de 22 de julio del año 2016, así como los que de él se deriven o traigan causa;

2. ordenando la inscripción de la presente en el Registro Mercantil, así como la cancelación de cualquier asiento que se haya producido como consecuencia de los acuerdos que se declaran nulos;

3. imponiendo a la parte demandada el pago de las costas procesales causadas".

- 5.- Mediante diligencia de ordenación de 11 de mayo de 2018 se tuvo por personada a SA SOLANA, S.L. bajo la representación procesal de D.ª xxx.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de SA SOLANA, S.L. representación de D. Ángel se opuso al recurso.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección n.º 5 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo



tramitó con el número de rollo 623/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 114/2019, de 25 de febrero, cuyo fallo dispone:

- 1º) Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a xxx, en representación de la entidad " SA SOLANA, S.L.", contra la Sentencia de fecha 19-marzo-2018, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de esta Capital, en los autos de Juicio Ordinario n.º 791/16, de que dimana el presente Rollo de Sala; y en su virtud,
- 2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.
- 3º) Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada".

La procuradora D. ^a xxx, en representación de SA SOLANA, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue: Infracción de las "normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión y los de casación en relación a la interpretación de los artículos 204 y 205 del TRLSC siendo estos últimos estimados por el TS. **J.P.**

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. REQUISITOS. EXISTENCIA Y ALCANCE DEL DAÑO. DEBER DE DILIGENCIA

STS de 31 de marzo de 2023 Ponente: Don Pedro José Vela Torres. Parcialmente estimatoria

Los hechos que sirven de base a esta sentencia revisten una patente complejidad, que intentaremos sintetizar en aras de un adecuado entendimiento del fallo: Una empresa de telecomunicaciones es objeto de una inspección de la AEAT por posible fraude en el IVA en Julio de 2013. En el 4 de febrero de 2014 se celebra una reunión entre la AEAT y la directora del departamento correspondiente, al que le explican la existencia de un fraude en el IVA de varios de sus clientes y proveedores, en el que podría verse envuelto. Más adelante, tras una presentación de los responsables a los directivos en la que explicaban la problemática los primeros a los segundos, el 30 de abril se reúnen la AEAT y los directivos, y la AEAT solicita a la empresa que corte relaciones comerciales con sus proveedores y adopte medidas para evitar una ininterrumpida participación en dicho fraude. Tras requerimientos e informaciones posteriores el 29 de enero de 2015 se firma un acta de conformidad por la mencionada empresa de telecomunicaciones en la que reconoce que mantuvo relaciones comerciales con ciertos proveedores que dio lugar a su participación en el fraude y que debió haber tenido conocimiento de las mismas. Como consecuencia de dicha acta se impide a la sociedad deducir el IVA de parte de 2013 y de 2014, generándole un muy importante daño patrimonial. Seguidamente se ejerce por la entidad matriz de dicha empresa acción de responsabilidad contra los administradores por una cifra millonaria.

En primera instancia se desestima la acción y la audiencia provincial estima la responsabilidad de los administradores por el periodo de 4 de febrero al 31 de agosto de 2014, fecha en que concluye el periodo de liquidación de IVA afectado. Tanto demandante como los directivos demandados recurren en casación.

Tras un prolijo examen de los motivos de los recursos de infracción procesal de todos los recurrentes, que no viene aquí al caso, pasamos a enumerar parte de los motivos alegados en casación por los recurrentes.

Se alega por los demandados que el daño no queda definido ni determinado. Se dice que no está definido pues la no deducibilidad de un gasto no es un daño sino una obligación tributaria, motivo desestimado por el tribunal al señalar que como consecuencia de esa falta de deducibilidad se genera un daño patrimonial evidente a la sociedad, concepto de daño claramente incluido en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). En cuanto a su determinación se señala por el tribunal que esta puede hacerse teniendo en cuenta las cuotas de IVA afectadas según resulta del acta de conformidad.

Otra cuestión señalada es, como fundamento de dicha acción, la relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño, que es afirmada por el tribunal refrendando lo ya dicho por la Audiencia Provincial: la pasividad a la hora de establecer medidas y controles causó el daño patrimonial mencionado.

También se discute la responsabilidad objetiva de los administradores al amparo de los artículos 1902, 1903 CC y 236.1 LSC, como incumplimiento de su deber de diligencia. Esto es objeto del recurso de los demandados para reducirla o anularla y también de el del demandante para extenderla al inicio de la inspección de la AEAT. A juicio del Alto Tribunal, y es clave para el fallo, la imputación objetiva de responsabilidad a los administradores requiere que tengan conocimiento pleno de las irregularidades incurridas, lo cual, según la sentencia, sólo puede decirse que ocurre a partir del 30 de abril de 2014, que es cuando se produce la reunión de los demandados con los funcionarios de la AEAT, pues antes fue con la directora de un departamento.

En base a esto se desestima el recurso del demandante y sólo se estima parcialmente el de los demandados a efectos de modificar el inicio de la responsabilidad a la mencionada fecha del 30 de abril. **F.C.G.**

RESOLUCIONES DEL TEAC



Leer más

Vocalía Coordinadora. TEAC

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

¿ES POSIBLE CAMBIAR LA OPCIÓN EJERCIDA SOBRE EL TIPO DE TRIBUTACIÓN -INDIVIDUAL O CONJUNTA- UNA VEZ VENCIDO EL PLAZO REGLAMENTARIO DE PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN?

Resolución del TEAC de fecha 28 de marzo de 2023, dictada en unificación de criterio. (Sala 1ª, RG 00/3890/2022).

En materia de opciones, la norma tributaria general viene constituida por el apartado tercero del artículo 119 de la Ley General Tributaria (LGT), que establece que las opciones que según la normativa tributaria se deban ejercitar, solicitar o renunciar con la presentación de una declaración no podrán rectificarse con posterioridad a ese momento, salvo que la rectificación se presente en el período reglamentario de declaración. Así pues, en línea con lo estipulado en este artículo, la opción por la tributación conjunta en el IRPF en un determinado período impositivo no puede ser modificada una vez finalizado el período de presentación de la declaración. Sin embargo, la irrevocabilidad de las opciones no es absoluta, y así lo ha admi-



tido en diversas ocasiones tanto el Tribunal Supremo como el TEAC, reconociendo al obligado tributario en determinados supuestos la posibilidad de rectificar la opción ejercida. En el ámbito concreto de la opción por la tributación conjunta/individual en el IRPF también son diversos los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia acerca de la posible revocabilidad. En esta resolución el Tribunal Central hace un repaso de los pronunciamientos judiciales más significativos y extrae las siguientes conclusiones: A tenor

de la regla general de la irrevocabilidad de las opciones establecida en el artículo 119.3 de la LGT –por razones de seguridad jurídica, y para evitar posibles abusos de los contribuyentes–, la opción por la tributación conjunta/individual en el IRPF para un período impositivo no puede ser modificada respecto de dicho período una vez finalizado el plazo reglamentario de declaración. Si bien, existen excepciones a dicha regla general, reconocidas por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, cuando una modificación de las circunstancias sus-



tanciales determinantes en el ejercicio de la opción afecte a los principios de justicia tributaria y capacidad económica y siempre que el obligado tributario haya actuado de buena fe, esto es, no existan indicios de la comisión de infracción tributaria. Ese cambio sustancial de circunstancias debe suponer la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», de manera que la Administración está obligada a dar siempre al interesado la posibilidad de volver a optar por la alternativa que, en su criterio, le fuera más favorable. Esta jurisprudencia ha sido recibida por los Tribunales Superiores de Justicia y por el Tribunal Central, reconociendo, en el caso particular de la opción por la tributación conjunta/individual en el IRPF la posibilidad de rectificar la opción inicialmente ejercitada, una vez finalizado el plazo reglamentario de presentación de la declaración, cuando esa rectificación obedece a un error material o a un cambio de las circunstancias objetivas respecto al momento en que se formuló la declaración siempre que, en uno y otro caso, no sean imputables al obligado tributario. Dicho con otras palabras, al tratarse de una opción voluntaria, para existir como tal es necesario que la voluntad no

se encuentre viciada por circunstancias no imputables a los propios interesados. Es decir, la rectificación será posible cuando ha existido un vicio de la voluntad en el momento de ejercer la opción por circunstancias no imputables al obligado tributario. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, el Tribunal Central fija el siguiente criterio: *Como regla general, la opción por la tributación conjunta o individual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es irrevocable una vez finalizado el período reglamentario de presentación de la autoliquidación. Esta irrevocabilidad debe interpretarse y entenderse «rebus sic stantibus» es decir, estando así las cosas o mientras estas no cambien. De forma que en caso de que se produzca una modificación sustancial en las circunstancias que llevaron al ejercicio de una u otra opción, deberá otorgarse al contribuyente la posibilidad de mudar la opción inicialmente emitida a través de los procedimientos previstos a tal efecto por el ordenamiento jurídico -esto es, vía rectificación de autoliquidación, declaración complementaria o en el marco de un procedimiento de comprobación-, siempre y cuando la citada modificación no sea imputable al obligado tributario.*

COMPROBACIÓN DE RÉGIMENES ESPECIALES

POSIBILIDAD DE EFECTUAR LA COMPROBACIÓN DE UN OBLIGADO TRIBUTARIO ACOGIDO A UN RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL A TRAVÉS DE UN PROCEDIMIENTO GESTOR.

Resolución del TEAC de fecha 22 de marzo de 2023, dictada en unificación de criterio. (Sala 2ª, RG 00/9093/2022).

De acuerdo con las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021 (recursos de casación nº 5270/2019 y 3688/2019), el apartado e) del artículo 141 de la Ley General Tributaria (LGT), establece una reserva legal para la Inspección en relación con la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación de los regímenes tributarios especiales. En este artículo se dice que la inspección tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas, entre otras, a “(...) e) La comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de beneficios o incentivos fiscales y devoluciones tributarias, así como para la aplicación de regímenes tributarios especiales”. La controversia planteada en la resolución de referencia gira en torno a si, a la vista de este artículo y el criterio sentado por el Tribunal Supremo en las referidas sentencias, resulta procedente o no, extender la reserva legal del artículo 141.e) LGT a cualquier comprobación efectuada sobre un obligado tributario sometido a un régimen tributario especial – en el caso planteado el régimen especial de grupo de entidades (arts. 163 quinquies a 163 nonies LIVA – aun cuando el objeto de la regularización se refiera a normas comunes del impuesto que no tengan ninguna relación con el régimen tributario especial, como era el caso. Al respecto, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, el criterio reiterado del Tribunal Central ha sido el de sostener que todas aquellas actuaciones que impliquen investigacio-

nes o comprobaciones sobre obligados tributarios acogidos a los regímenes especiales previstos por la normativa del Impuesto sobre Sociedades deben ser llevadas a cabo por los órganos de inspección, sin que los órganos de gestión tributaria sean competentes; ello no obsta para que comprobaciones que nada tienen que ver con el régimen especial, aunque la sociedad objeto de comprobación tribute en régimen especial, puedan ser realizadas por los órganos de gestión tributaria (Resolución de Pleno de 4 de octubre de 2022 (RG 5963-2021) y Resolución de 19 de diciembre de 2022 (RG 1242-2021). Igual criterio se ha aplicado en resolución de 23 de febrero de 2023 (RG 552-2021 y acumulada), en relación con un procedimiento de comprobación limitada relativo al régimen especial de atribución de rentas del artículo 86 y siguientes de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF).



Pues bien, a la vista del artículo 141.e) LGT y de las referidas Sentencias del tribunal Supremo que señalan que existe una «reserva legal de procedimiento tributario respecto del ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigi-

dos para la aplicación de regímenes tributarios especiales», precisando que su doctrina no se limita al régimen de entidades parcialmente exentas, sino que esta reserva legal afecta a los distintos regímenes tributarios especiales, el Tribunal Central considera que el criterio de las citadas resoluciones es de aplicación a todos los regímenes tributarios especiales, como los regulados en la normativa propia de cada tributo. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Central fija el siguiente criterio: «Cuando el objeto y alcance de la comprobación administrativa de un obligado tributario acogido a un régimen tributario especial no se refiere a la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación del régimen especial, y la regularización no se fundamenta en las normas específicas del mismo, sino en las reglas comunes del impuesto, su comprobación podrá efectuarse también por medio de los procedimientos gestores»

INFORME DE CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS



Leer más

Eduardo Ávila, notario

Extinción condominio con asunción de deuda hipotecaria, sin intervención del banco. Esta asunción no da lugar al hecho imponible sujeto a tributación, ya que no da lugar a inscripción alguna, produciendo efecto solo interpartes (VC 27/23 de 11/01/2023)

Atribución de rentas de bienes inmuebles de herencia no aceptada. La DGT señala la obligación de hacer las declaraciones en proporción a las cuotas: cabe cuestionarse si supone una aceptación tácita de la herencia dicha declaración, pero la DGT no entra en eso (VC 380/23 de 21/02/2023)

Contrato privado y prescripción del Impuesto de Plusvalía Municipal. El problema deriva que el contrato privado no conlleva necesariamente la transmisión del dominio (hay que acreditar la entrega), y sino en realidad se devenga dicho Impuesto al momento de la elevación a público de dicho contrato a Escritura Pública (VC 67/23 de 20/01/2023)

Consolidación del pleno dominio por fallecimiento del usufructuario. No está sujeto a IIVBNU. La STS 9/12/2011, aunque cuando se transmite la nuda propiedad, la liquidación se hace sobre la adquisición de tal; cuando se consolida no se liquida, pero

cuando venda aquel sobre el que se consolidó, la fecha de la adquisición del pleno dominio será la de la adquisición de la nuda propiedad (VC 105/23 de 01/02/2023)

Deducción por instalación de placas solares. Es necesario para poder deducirla contar con un certificado de eficiencia energética previa a la instalación (VC 263/23 de 14/02/2023)

Operaciones de subrogación bancaria por modificación de tipos de interés. No impide seguir disfrutando de las exenciones fiscales por inversión en vivienda que tenía antes (VC 363/23 de 21/02/2023)

RESOLUCIONES DE LA DGSJyFP



Leer más

Lucía Cagigas Courel, María Teresa García Ludeña, Fernando-Pedro Romero Fernández de Henestrosa, Ariel Sultán Benguigui, Santiago Tomás Roy, María de Zulueta Sagarra y Miguel Yuste Rojas (coordinador), notarios



DERECHO CIVIL

COMPRAVENTA

VENTA POR ADMINISTRADOR CONCURSAL EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

Resolución de 13 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

El auto judicial que autoriza la venta de la finca de los concursados por el precio indicado, especifica que las entidades bancarias titulares de créditos con privilegio especial han prestado su consentimiento y beneplácito a la enajenación. Por tanto, hay un pronunciamiento judicial expreso tanto respecto del precio como en relación con la debida intervención de los titulares registrales de las hi-

potecas conforme al artículo 210 texto refundido de la Ley Concursal (precepto que cita expresamente el juez en el auto). Por tanto, **excede de las facultades de calificación** que los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario otorgan a los registradores **discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.**

DEBIDA DECLARACIÓN MEDIOAMBIENTAL EX ARTÍCULO 98.2 DE LA LEY 7/2002, 8 DE ABRIL

Resolución de 14 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

En el caso de transmisión de solar, en el cual cabe que se haya podido realizar alguna actividad que potencialmente sea contaminante del suelo, será preciso que

el transmitente manifieste, **no si el suelo está contaminado o no, sino, si se ha realizado o no, en la finca transmitida, alguna actividad potencialmente contaminante del suelo.** Y, para ello, **el notario, en cumplimiento de su obligación de velar por que «el otorgamiento se adecúe a la legalidad», debe informar a las partes adecuadamente de cuáles son esas actividades que potencialmente puedan contaminar el suelo.**

ACTO DE DISPOSICIÓN SOBRE VIVIENDA EN RÉGIMEN DE CONDOMINIO: NO SE EXIGE EL CONSENTIMIENTO DE LOS CÓNYUGES DE LOS CONDÓMINOS

Resolución de 2 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 22 de Marzo de 2023)

Se suspende la inscripción de una escritura de compraventa de una vivienda porque dos de las copropietarias vendedoras están casadas y no consta ni se manifiesta que dicha finca no constituye su vivienda familiar.

La Dirección General estima el recurso y revoca la nota de calificación de la registradora señalando que el uso de una vivienda viene determinado por el destino propio de ese especial objeto y las condiciones de intimidad que la convi-

vencia familiar lleva consigo, lo que impone consecuencias insoslayables. Por tanto, **excluida la posibilidad de que la cuota de un partícipe atribuya el derecho al uso total y exclusivo de la vivienda porque impediría al otro utilizarla conforme a su destino, y teniendo en cuenta que el carácter de vivienda habitual y familiar, no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los partícipes –porque por su propia esencia ese uso no puede realizarse por cada una de ellas sobre la vivienda en su totalidad–, no queda otra posibilidad para que los comuneros puedan usar la cosa común que la existencia de un pacto entre ellos, que en el caso sometido a debate no se demuestra que exista, pero que si hubiese existido no podría ir más allá de permitir el uso en períodos discontinuos, lo que pone de relieve que ninguna de ellas tendría el carácter de singular que exige la habitualidad.**

MANIFESTACIÓN ACTIVIDAD CONTAMINANTE

Resolución de 13 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 31 de Marzo de 2023)

No es necesaria la manifestación sobre actividades contaminantes cuando la finca objeto de venta es un bajo de un complejo inmobiliario que **no dispone de terreno o jardín** en que se hayan podido realizar actividades contaminantes.

CONDICIÓN RESOLUTORIA

REINSCRIPCIÓN DEL DOMINIO A FAVOR DEL CEDENTE A TÍTULO GRATUITO POR INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Dos Resoluciones de 21 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

La registradora alega que para la reinscripción debe acreditarse en el corres-

pondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución. El hecho en que consiste la condición resolutoria es «que el Ayuntamiento no consiguiera la clasificación del Suelo Urbanizable Ordenado, Uso Global Industrial de las Fincas Conservadas», en plazo indicado; y se pacta expresamente que, para la reinscripción a favor de cedente por incumplimiento de dicha condición por el cesionario, es suficiente acta notarial de constancia de ese hecho. Por ello, señala el Centro Directivo que no se puede impedir la reinscripción por la oposición del Ayuntamiento basada simplemente en que el órgano autonómico competente había aprobado la calificación del suelo y por tanto no se ha aportado «Acta de constancia de la resolución negativa o denegatoria por el Órgano Autonómico competente». Y es que, según se ha pactado en la escritura de cesión, esta acta es sólo una de las posibles modalidades de acta acreditativa del incumplimiento de la condición resolutoria, entre las cuales debe admitirse el acta en que se ha declarado que el hecho de la falta de recalificación de los terrenos es notorio y no admite cuestión.

DONACIÓN

DONACIÓN: JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA Y MENCIÓN DE AUTOCONTRACCIÓN. CASO DE NUNTIUS
Resolución de 9 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 27 de Marzo de 2023)

Es reiterada la doctrina de la Dirección general que el Notario en su juicio de suficiencia de las facultades representativas debe reseñar también en su caso, que se ha salvado el autocontrato y conflicto de intereses.

Parece reconocer el Centro Directivo que **si se tratara de mero nuntius y se recogiera expresamente por el notario en su juicio se salvaría el riesgo de conflicto.**

OBRA NUEVA Y DIVISIÓN HORIZONTAL

DESVINCULACIÓN DE UN TRASTERO NO AMPARADO EN NORMA ESTUTARIA ALGUNA

Resolución de 14 de Febrero de 2023. (B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

En el presente caso, a la vista de la legislación vigente, no ofrece duda que la modificación de descripción de finca, consistente en la desvinculación de un anejo, constituye una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, y que esta modificación afecta a todos los copropietarios del inmueble (cfr. artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y Resoluciones de este Centro Directivo de 11 y 15 de marzo de 2004, 9 de febrero de 2008, 6 de mayo de 2015 y 14 de marzo de 2019). Por ello, es determinante que **no se ha inscrito la norma estatutaria que ha servido de fundamento a la modificación realizada, por lo que, aun cuando sea válida, no puede vincular a quienes han accedido a la propiedad horizontal con posterioridad** (cfr. Resoluciones de 16 de mayo de 2002 y 18 de marzo de 2003, entre otras).

CONSTITUCIÓN DE SUBCOMUNIDAD EN UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE COMUNIDAD HORIZONTAL

Resolución de 22 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

Se trata de la creación de subcomunidades dentro de un concreto elemento privativo en propiedad horizontal, conservando éste su objetividad jurídica como elemento independiente dentro de la total propiedad horizontal y sin modificación de la composición personal de la junta de propietarios general. En el presente caso se modifica el título constitutivo de la propiedad horizontal, pues el **local originario se subdivide en seis elementos privativos, pero tal subdi-**

RESOLUCIONES DE LA DGSJyFP

visión no requiere el consentimiento de la junta de propietarios, dada la existencia de cláusula estatutaria por la que se permite la división de los locales de la planta baja sin necesidad de dicho consentimiento.

NO ES POSIBLE INSCRIBIR UN ACTA FINAL DE OBRA SIN LIQUIDAR IMPUESTOS

Resolución de 23 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

En el presente caso, declarándose un final de una obra terminada, la posible sujeción o no al impuesto, o su posible exención, queda bajo la exclusiva competencia de la correspondiente oficina liquidadora.

NO CABE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS POR LOS PROPIETARIOS DE UNO DE LOS DOS PORTALES QUE INTEGRAN EL EDIFICIO AL NO ESTAR CONSTITUIDA UNA SUBCOMUNIDAD

Resolución de 28 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 20 de Marzo de 2023)

Se suspende la inscripción de determinada norma de una comunidad de propietarios adoptada únicamente por los propietarios de uno de los dos portales que integran el edificio, señalando como defecto el registrador que, aun cuando puede diligenciarse un libro de actas para cada portal, en este caso se está formalizando una modificación de los estatutos que supone una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, por lo que dicho acuerdo debe ser aprobado por las tres quintas partes del total de los propietarios de los dos portales que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Para la resolución del recurso la Dirección General analiza la doctrina del Centro Directivo sobre la posibilidad de legalización del libro de actas de las comunidades y subcomunidades de pro-

iedad horizontal, aun cuando no estén formalizadas en escritura pública ni inscritas en el Registro de la Propiedad, precisando la necesidad de que en la diligencia de legalización debe expresarse que por no resultar de los asientos del Registro la constitución de la comunidad o subcomunidad, no se consigna, por nota al margen de la inscripción de las fincas que según el título las componen, la legalización del libro de actas y que la consignación en el fichero auxiliar no implica ningún efecto propio de los asientos registrales. Añade que resulta de aplicación el vigente artículo 2.d) de la Ley sobre Propiedad Horizontal, que dispone que se entienden por subcomunidades las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica; del citado artículo se infiera que resulta suficiente que en dicho título constitutivo no se prohíba y que se cumplan los requisitos que, según las características de la subcomunidad de que se trate, sean necesarios respecto del título constitutivo propio de la subcomunidad, conforme a los artículos 5, 10.3.b) y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Basándose en los anteriores argumentos, la Dirección General desestima el recurso y confirma la nota de calificación del Registrador, pues no resulta de los asientos del Registro la constitución de la referida subcomunidad, de tal forma que **los acuerdos objeto del presente expediente, al implicar la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad del edificio integrado por los dos portales referidos, deben ser aprobados por todos los propietarios de aquél, con la mayoría legalmente exigida en la Ley sobre Propiedad Horizontal.**

CONJUNTO RESIDENCIAL: LA MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS PRETENDIDA EXIGE LA PARTICIPACIÓN TOTAL DE PROPIETARIOS DEL CONJUNTO RESIDENCIAL

Resolución de 6 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 22 de Marzo de 2023)

Se suspende la inscripción de determinada norma de la comunidad de propietarios de un conjunto urbanístico en régimen de propiedad horizontal al no estar adoptado por la Comunidad General del Conjunto Residencial, sino por la comunidad de únicamente dos Bloques A y C del mismo conjunto. Señala la registradora que la modificación de los estatutos pretendida requiere que el acuerdo se haya tomado en Junta debidamente convocada, con inclusión en el orden del día del acuerdo a tomar, que se sujete al quórum legal según se trate de primera o segunda convocatoria y que esté tomado con el voto favorable de tres quintos de los propietarios que asimismo representen las tres quintas partes de las cuotas de participación del total de propietarios del conjunto residencial, cuatro bloques, y trece portales, lo que no ocurre en el presente caso. La recurrente alega que los bloques A y C son los únicos existentes, no existiendo los bloques B y D, previstos en la escritura de obra nueva en construcción y división horizontal, pero no edificados habiendo sido debidamente citada a la junta de propietarios y notificada del acuerdo de ésta a la mercantil propietaria.

La Dirección General advierte que no pueden ser tenidas en cuenta las afirmaciones de la recurrente, pues se trata de circunstancias que no constan en el documento presentado al tiempo en que se produjo la calificación; en consecuencia, desestima el recurso y confirma la nota de calificación de la registradora, señalando que el defecto objeto de impugnación puede ser fácilmente subsanado mediante la acreditación en debida forma de que los acuerdos adoptados fueron notificados a la sociedad propie-



taria de las fincas no integradas en los referidos bloques A y C, por el procedimiento establecido en el artículo 17, apartado 8, de la Ley sobre propiedad horizontal, sin que se hayan opuesto a tales acuerdos.

EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA ES NECESARIA LA GEORREFERENCIACIÓN DE LAS PARCELAS RESULTANTES

Resolución de 13 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 31 de Marzo de 2023)

Una finca registral descrita como parcela de terreno con una edificación, se «divide horizontalmente» en dos elementos privativos: el uno, que es una parcela de terreno sin edificación «sobre el que se construirá una vivienda unifamiliar aislada», y el dos, que es otra parcela de terreno donde se ubica la edificación inicial. Y el único elemento común es una porción de terreno descrita como «zaguán de entrada con una superficie de 78,80 metros cuadrados». El registrador suspende la inscripción por faltar la «necesaria aportación de base gráfica de los elementos independientes y de la zona común».

La Dirección General confirma que es necesaria la aportación de base gráfica de los elementos independientes y de la zona común; ciertamente, como alega el notario recurrente, la georreferenciación no procede para un elemento en régimen

de propiedad horizontal individualmente considerado, pero en el caso alegado por el recurrente, la finca era una plaza de garaje, mientras que en este **los elementos privativos y comunes resultantes de la «división horizontal tumbada» son porciones de terreno, y la georreferenciación se exige en el art. 9 LH «en todos los supuestos de divisiones y otros más, que determinen una reordenación de los terrenos».**

SILENCIO POSITIVO EN LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN

Resolución de 31 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

La Dirección General, estimando el recurso, considera que para la inscripción de una obra nueva en Ibiza, se puede entender concedida la licencia de primera ocupación por silencio administrativo positivo, respetando la normativa autonómica (la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears), y lo dispuesto en el art. 48 del Real Decreto 1093/1997, y siempre que se acredite el silencio administrativo, en este caso con la manifestación del interesado y la acreditación de la falta de respuesta en el plazo mencionado en acta notarial, copia de la instancia presentada al Ayuntamiento competente, así como la solicitud de certificado de acto presunto el día 1 de agosto de 2022.

URBANISMO

NO CABE LA INSCRIPCIÓN DE UN ACTA DE CONSTANCIA DE SUELO URBANO DE USO TURÍSTICO CONSTANDO FINCAS NO ADSCRITAS A LA EXPLOTACIÓN TURÍSTICA

Resolución de 27 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 20 de Marzo de 2023)

Se discute en este expediente sobre la posibilidad de inscripción de un acta de constancia de suelo urbano de uso turístico al constar en el Registro, respecto de algunas de las fincas, que no se encuentran adscritas a la explotación turística a que se refiere el título, en virtud de decreto dictado por el organismo autonómico competente, solicitando la baja de la unidad alojativa de las mismas. Alegan los recurrentes que dicho acto de baja ha sido impugnado, sin que conste anotada en el Registro la resolución del recurso. Por tanto, la Dirección General desestima el recurso y confirma la nota de calificación del Registrador, señalando que en tanto no se haga constar mediante la documentación administrativa que corresponda la modificación de esa baja de la unidad alojativa, las citadas fincas no se encuentran registralmente adscritas a la explotación turística.

DERECHO DE REVERSIÓN SOBRE PARTE DE UNA FINCA REGISTRAL

Resolución de 27 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 20 de Marzo de 2023)

La cuestión que se plantea en este recurso consiste en determinar si resulta posible hacer constar en el Registro de la Propiedad los derechos de reversión respecto de parte de una finca registral que fue inmatriculada conforme a lo previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, constando como título de adquisición del inmatriculante la expropiación, sin que figure el nombre de la persona o personas expropiadas.

RESOLUCIONES DE LA DGSJyFP

El registrador fundamenta su negativa en los siguientes argumentos:

- a) La finca sobre la cual se solicita la inscripción del derecho de reversión, no está inscrita como finca independiente, ni por tanto la expropiación de la misma, por lo que falta el presupuesto de tal derecho;
- b) No se describe la finca en los términos exigidos por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, de modo que permita ser identificada sin ambigüedad, individual e independientemente;
- c) Imposibilidad de realizar ninguna modificación jurídica o descriptiva de una finca, sin el consentimiento del titular registral o en virtud de una resolución judicial firme;
- d) Si existen terceros titulares de derechos inscritos sobre la finca, estos deben ser protegidos frente al derecho de reversión por la fe pública registral

La Dirección General desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador en una extensa y profunda resolución.

Comienza señalando que la expropiación forzosa es una limitación del dominio y la causa de la misma es la utilidad pública o el interés social. Dicha causa afecta al objeto expropiado e incide continuamente sobre dicho bien, por lo que la persona expropiada tiene el derecho de resolver la expropiación que ha llegado a ser infructuosa, y opera en favor del primitivo dueño o sus causahabientes, que son quienes podrán recobrar en su virtud la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado.

El propio Centro Directivo ha señalado que son **tres los hitos del iter de la reversión**, todos ellos susceptibles de acceso registral:

- La primera es la del **derecho de reversión en estado latente o expectante y nace directamente con la propia expropiación y de forma simultánea a la misma**. La reforma del artículo 54 de la Ley sobre expro-

piación forzosa operada por la Ley 38/1999 deja claro que, incluso en esta etapa latente, **se trata de un derecho ya existente como derecho subjetivo y de contenido patrimonial ya adquirido por su titular incluso antes de que se transforme en un derecho de reversión activo y ejercitable a través de la subsiguiente adquisición o readquisición del bien expropiado, derecho que es susceptible de transmisión «inter vivos» y «mortis causa», oponible frente a terceros y por ello inscribible como tal «derecho de preferencia» en el Registro de la Propiedad.**

En segundo lugar, una vez producido cualquiera de los hechos o presupuestos habilitantes previstos en el apartado 1 del artículo 54 de la ley, **el derecho de reversión latente deviene en un derecho de reversión pleno, activo o actual de adquisición preferente, como derecho potestativo, similar a un derecho de adquisición o retracto, de carácter real e igualmente oponible frente a terceros**, que se desdobra a su vez en dos fases, la previa a su reconocimiento administrativo o judicial y la posterior a dicho reconocimiento, reconocimiento que requiere la previa reclamación potestativa por parte del expropiado o sus causahabientes, como titulares del derecho (cfr. artículo 54, apartado 4, de la Ley sobre expropiación forzosa).

En su tercera etapa **el derecho de reversión consumado es aquél en que el derecho reversional de adquisición preferente ha sido reconocido y ejercitado de forma completa** mediante el pago o restitución de la indemnización expropiatoria en los términos previstos en el artículo 55 de la misma ley, dando paso con ello a su consumación mediante la adquisición o readquisición del dominio. En tal momento el derecho de reversión se agota y extin-

gue de forma simultánea a la **incorporación en el patrimonio de reversionista de un derecho de propiedad sobre el mismo bien inicialmente expropiado**.

El derecho de reversión, en cada una de las tres citadas etapas, es susceptible de reflejo registral, si bien hasta la reforma legal operada por la disposición adicional quinta de la Ley 38/1999 normalmente la cualidad de expropiado, a la que va asociado el derecho de reversión en su fase latente, consta en el Registro sólo de manera implícita, pues en la inscripción de la expropiación consta la persona del anterior titular contra quien se dirigió el expediente. Dicha reforma ha sometido el derecho de reversión, también en su fase latente o expectante, al régimen registral de los principios hipotecarios comunes de oponibilidad y fe pública, dando nueva redacción al apartado 5 del artículo 54 de la Ley sobre expropiación forzosa. Esta constancia del derecho preferente (de adquisición) de los reversionistas en la misma inscripción causada por el propio título expropiatorio da lugar a una mención expresa en la propia acta de la inscripción, de forma que **ahora aquel derecho del reversionista consta de forma explícita y autónoma (si bien en el mismo asiento registral que el derecho del beneficiario de la expropiación), y no de forma indirecta o implícita como sucedía antes de la reforma**.

Según el especial régimen transitorio incorporado por la Ley 38/1999 en su disposición transitoria segunda, «lo establecido en la disposición adicional quinta [por la que se da nueva redacción a los artículos 54 y 55 de la Ley] no será de aplicación a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión». Esta disposición atribuye eficacia retroactiva a la nueva redacción de los artículos 54 y 55 de la Ley sobre expropiación forzosa en cuanto al derecho de reversión latente ya nacido con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor. Por el contrario, en cuanto al «*ius reversionis*» como derecho planificado, activo y ejer-

citible, excluye tal retroactividad al someterlo al régimen vigente en el momento de su ejercicio, tesis que ha sido asumida por el legislador al haber excluido de la aplicación del nuevo régimen los supuestos en que el titular del «ius reversionis» hubiera ya presentado su solicitud de reconocimiento de la reversión a la fecha de la entrada en vigor de la reiterada reforma.

Lo determinante, por tanto, es la fecha de presentación de la solicitud de reversión, quedando excluida de la nueva regulación únicamente si se hubiese presentado antes de su entrada en vigor. Así, según la nueva regulación, el derecho de reversión queda enervado: cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio (cfr. artículo 54.2.b) –caso de no nacimiento del derecho de reversión como derecho efectivo y ejercitable–, y cuando, en los casos en que se hubiese producido un exceso de expropiación o la desafectación del bien o derecho expropiados, hubieran transcurrido veinte años desde la toma de posesión de aquéllos (cfr. artículo 54.3.a) –caso de caducidad del derecho de reversión efectivo–.

La misma retroactividad y por los mismos fundamentos cabe predicar de la reforma operada en materia de publicidad registral del derecho de reversión, de forma que la norma contenida en la

nueva redacción del apartado 5 del artículo 54 de la ley, no será aplicable «a aquellos bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la ley, se hubiera presentado la solicitud de reversión» (cfr. disposición transitoria segunda de la Ley 38/1999), pero sí a aquellos otros en que en la indicada fecha no se hubiese presentado todavía la solicitud de la reversión. Por tanto, debe entenderse que también respecto de los derechos de reversión latentes nacidos de las expropiaciones citadas (anteriores a la entrada en vigor de la Ley 38/1999 respecto de las que no se hubiere todavía solicitado a tal fecha la reversión), y aunque el título expropiatorio hubiere sido ya inscrito en un momento anterior a la misma fecha de la entrada en vigor de la reforma, cabe solicitar su constancia registral en el Registro de la Propiedad (que podrá en tal caso practicarse, y a falta de previsión legal expresa al respecto, mediante una nota al margen de la inscripción de la expropiación).

Determinada la forma y efectos de la constancia registral del derecho de reversión en su fase latente –que es la que en particular interesa a los efectos de la presente resolución–, antes y después de la reforma operada en este ámbito por la Ley 38/1999, así como la aplicabilidad de uno u otro régimen, llega a la conclusión que en este supuesto particular de este expediente, no sería posible la inscripción del derecho de reversión solicitada, por resultar así de las exigencias del principio

de tracto sucesivo:

- Si se entiende aplicable el régimen anterior a la reforma, porque, aunque en el Registro consta como título de adquisición el de expropiación, no consta quién es la o las personas expropiadas, además de que la finca que se afirma que fue objeto de expropiación no figura inscrita como tal, sino que es parte de una finca registral;
- y, si se considerase aplicable el régimen posterior a la mencionada reforma porque, tras dicha reforma, el art. 54 establece de manera taxativa en su apartado quinto que **sin su constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes, de modo que no es posible inscribir el derecho de reversión sin que medie el consentimiento de los titulares de derechos inscritos sobre la finca o en virtud de resolución judicial firme dictada en procedimiento en el que hayan tenido la posibilidad de intervenir**–; además hay que tener en cuenta que la reforma introduce supuestos de enervación del derecho de reversión y la excluye cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social (cfr. artículo 54.2.a) de



WORDPLEX
IT LEGAL SOLUTIONS

Especialistas en tecnología
para notarías y abogados

Software Ciberseguridad Hardware Sitios Web

KIT
DIGITAL Agentes digitalizadores del programa Kit Digital | www.wordplex.es

RESOLUCIONES DE LA DGSJyFP

la ley). Y en este supuesto no se acredita la subsistencia del derecho de reversión, en caso de ser aplicable la nueva regulación, por no concurrir dichos supuestos de enervación del mismo.

También confirma el criterio del registrador en cuanto al principio de especialidad que las fincas puedan ser identificadas sin ambigüedad, individual e independientemente, y además proscribire, salvo excepciones, que se puedan inscribir derechos reales sobre una parte de finca registral sin previa segregación o división de la misma. Requisitos que no se cumplen en este caso, al no figurar inscrita la finca tal como indica el recurrente, es decir, con la superficie y linderos que fue objeto de expropiación, ni tampoco resulta del Registro que esa concreta porción de terreno fuera objeto de expropiación, ni tampoco que lo fuera a favor de una determinada persona, ni en consecuencia que esta fuera la persona expropiada a quien se refiere el recurrente.

NO CABE CONSTITUIR HIPOTECA UNILATERAL POR UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Resolución de 1 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 22 de Marzo de 2023)

Se deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca unilateral por determinada junta de compensación, señalando como defectos el registrador: a) que la junta de compensación se ha reservado la parcela sobre la que se constituye la hipoteca, para su enajenación directa con el fin de sufragar los gastos de urbanización y/o reposición, así como cualquier otro gasto señalado en el proyecto de compensación; de tal forma que la junta de compensación no puede constituir hipoteca sobre una finca a ella adjudicada en el proyecto en garantía de una deuda de terceros y por tanto ajena a su objeto social, que es ejecutar la urbanización; b) se indica que la compareciente ostenta poder para representar a



la junta de compensación «en virtud del acuerdo de Asamblea» que se ha elevado a público, por lo que no es posible discernir si dicho acuerdo tenía por objeto la concesión de poder para realizar actos dispositivos en general, o si es el propio acuerdo de la asamblea autorizando la constitución de hipoteca el que es objeto de ejecución.

La Dirección General tras analizar la naturaleza jurídica de las juntas de compensación, desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador, señalando respecto del primer defecto que la finalidad de las juntas de compensación es esencialmente pública, pues no es otra que ejecutar el planeamiento en tanto que colaboradoras de la Administración Pública, ejerciendo unas funciones y desplegando una actuación encaminada a una específica y concreta finalidad: la ejecución del planeamiento; igualmente predicable respecto de aquellos otros actos o negocios jurídicos que escapen del marco conceptual de lo «público-administrativo». Por consiguiente, **la constitución de una hipoteca en garantía de una determinada deuda ajena escapa del marco conceptual y funciones (sean público-administrativas o de otra naturaleza) de una junta de compensación.**

Respecto del segundo defecto, señala que es evidente que la reseña que efectúa el notario en la escritura, en orden a las facultades representativas de quien actúa en nombre de la junta de compensación, no se ajusta a la doctrina del Centro Directivo ni de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2021, con cita de las Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018, pues en la misma no se reflejan adecuadamente los elementos necesarios para verificar su congruencia con el negocio jurídico documentado, en orden a discernir si el acuerdo elevado a público tenía por objeto la concesión de poder para realizar actos dispositivos; o si era el propio acuerdo de la asamblea autorizando la constitución de hipoteca el que era objeto de ejecución.

DERECHO DE FAMILIA/SOCIEDAD DE GANANCIALES

PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. RECTIFICACIÓN ASIENTO REGISTRAL

Resolución de 8 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 27 de Marzo de 2023)

En el Registro de la Propiedad consta un bien como presuntivamente ganancial, por lo que el registrador solicita que se realice la liquidación de sociedad de gananciales previa a la adjudicación hereditaria. Al recurrente alega que existe un error en la inscripción original, pues no seguía las indicaciones del fallo judicial donde una mitad era adjudicada a la causante y la otra mitad a los hijos de la causante y su marido (ahora divorciados). No obstante, la Dirección General declara que la destrucción de la prueba de ganancialidad por un lado, requiere de prueba documental pública, con arreglo a la normativa hipotecaria y civil, fuera de los casos de atribución de privacidad; y, por otro, que fuera de este supuesto, cualquier cambio del carácter del bien requeriría de prueba documental fehaciente que probare el hecho de que no era aplicable la sociedad de gananciales en el instante de la adquisición.

El usufructo vitalicio adquirido por ambos cónyuges con carácter ganancial, sin ninguna prevención sobre su régimen jurídico, subsiste íntegramente en el sobreviviente al fallecer uno de ellos

Y ello sin perjuicio de que deba ingresar en la masa ganancial disuelta y pendiente de liquidación.

ADQUISICIÓN DE USUFRUCTO CON CARÁCTER GANANCIAL: FALLECIDO UNO DE LOS CÓNYUGES CONTINÚA EN EL SOBREVIVIENTE

Resolución de 21 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 21 de Abril de 2023)

Un nudo propietario, ante el fallecimiento de uno de los cónyuges que adquirieron el usufructo con carácter ganancial, solicita la consolidación del dominio en esa parte del usufructo, lo que es negado por la registradora, cuya calificación es confirmada por el Centro Directivo, ya que si el usufructo es adquirido conjunta-

mente por ambos cónyuges en régimen de gananciales, sin ninguna prevención adicional relativa al régimen jurídico del derecho adquirido, fallecido uno de ellos debe estimarse que subsiste el usufructo hasta el fallecimiento del otro cónyuge, pero ingresa en la masa ganancial disuelta y pendiente de liquidación. ●

testamento, de 2 de junio de 2015, instituye herederos por partes iguales a sus tres hijos; en las manifestaciones previas expresa que «es de vecindad civil catalana». En la citada escritura de partición de herencia, los herederos «aceptan con el beneficio del fuero, la herencia deferida al fallecimiento del causante, su madre (...)» y, tras las adjudicaciones, se expresa que «el pasivo es asumido por los tres herederos por partes iguales, y en todo caso, con sujeción a los límites establecidos en el art. 355 del código de derecho Civil de Aragón». Señala el registrador que debe aclararse la expresión «aceptan con el beneficio del fuero» contenida en la cláusula primera de la escritura, con referencia a los tres otorgantes, ya que si se refiere al derecho contenido en el artículo 355.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, dicha norma no es aplicable a esta herencia, ya que ni la causante ni ninguno de sus herederos son de vecindad civil aragonesa.

Señala la Dirección General que en España la ley personal se determina por la vecindad civil (art. 16 del Código civil). La diversidad de legislaciones civiles existentes en nuestra nación determina la posibilidad de que surja el conflicto de leyes, de modo que, como ocurre en el presente caso, la vecindad civil del causante sea al tiempo de su fallecimiento (aragonesa), otra distinta a la que constaba al tiempo de otorgar el testamento (catalana). Eso sí, la Dirección advierte (lo que también manifiesta el notario) es que otra cosa sería que se hubiera exigido acreditar ese cambio de vecindad. Conocida es la dificultad de la prueba de la vecindad civil, de ahí la **presunción del art. 14.6 del Código civil**.

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO

Resolución de 16 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 31 de Marzo de 2023)

Se trata de una escritura de herencia otorgada por la heredera según testamento del causante en el que, literalmente, «instituye heredera a su hermana G, con derecho de sustitución vulgar para el solo caso de no

DERECHO DE SUCESIONES

DESHEREDACIÓN: ACREDITACIÓN DE HIJOS Y DESCENDIENTES DEL DESHEREDADO Y MANIFIESTACIÓN DE HABERE RECIBIDO LEGÍTIMA EN VIDA

Resolución de 9 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 27 de Marzo de 2023)

Se trata de dilucidar, con ocasión de una escritura de adjudicación de herencia, la forma de actuar cuando la testadora realiza una doble manifestación: por un lado, que desheredaba a sus hijos y; por otro, que éstos ya habían recibido en vida bienes suficientes para satisfacer sus derechos legítimos. Se puede resumir la reiterada doctrina de la Dirección general de la siguiente forma: a) Respecto de la primera cuestión: **en caso de existir descendientes del desheredado, será necesario acreditar quienes son, con acta de notoriedad u otro medio aceptado en derecho. Y en caso de no existir, no**

será necesario acreditarlo, pero sí manifestarlos en la partición de la herencia por los otorgantes; b) La manifestación de que los legitimarios han recibido en vida bienes suficientes para satisfacer sus legítimos requiere, sin embargo, la intervención de dichos legitimarios dada la naturaleza de la legítima en el derecho común de *pars bonorum*.

SUCESIÓN ARAGONESA: DETERMINACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL Y LEY SUCESORIA APLICABLE. CONFLICTO DE LEYES. FUERO ARAGONÉS

Resolución de 9 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 27 de Marzo de 2023)

La sucesión de hechos son los siguientes: La escritura es de 29 de septiembre de 2022; la causante fallece en Zaragoza el día 12 de junio de 2022; se manifiesta en la escritura que la causante tenía «a su fallecimiento vecindad civil aragonesa». En su último

sobrevivir a la testadora, a favor de su otra hermana A, a quien igualmente para el caso de no sobrevivir a la testadora la sustituye por su hermano C (sustituido éste a su vez por sus descendientes) y al Seminario X, por mitad e iguales partes». El registrador entiende que son dos los instituidos (hermana G y Seminario) y deben intervenir los dos, mientras la recurrente y el notario interpretan que solo es heredera la hermana G, y que el Seminario solo es sustituto vulgar, por mitad con el hermano C, en sustitución que no ha tenido lugar.

La Dirección General estima el recurso avalando la interpretación del Seminario como sustituto. Fundamenta su decisión en el texto de la cláusula debatida y su relación con el conjunto de la disposición testamentaria: empleo por dos veces de la frase «de no sobrevivir a la testadora», tanto para la primera sustitución como para la segunda, marcando tres llamamientos: en primer lugar el de la hermana designada heredera; solo para el caso de que la primera llamada no sobreviva a la testadora es llamada la segunda hermana; y, en caso de que ambas no sobrevivan a la testadora, suceden por partes iguales el tercer hermano sustituido por su estirpe y el Seminario (...). Por último, apoya esta interpretación el hecho de que el Seminario (...) sea también llamado como sustituto vulgar –en este caso, con otras entidades, pero de forma indubitada– en el legado ordenado de la vivienda a favor de la misma doña G. E. R., siendo designado con la misma contracción «al», como en la sustitución vulgar del llamamiento de la heredera. Habida cuenta que la primera llamada ha sobrevivido a la testadora, sólo a ella le corresponde heredar.

LA INSTANCIA PRIVADA DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO AMPARA SITUACIONES CONTROVERTIDAS CON LEGATARIOS

Resolución de 29 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

La viuda del causante presenta instancia

La disposición en testamento de un bien heredado de su premuerta esposa, otorgado con posterioridad al fallecimiento de esta, implica aceptación tácita de su herencia

No surge, por tanto, la figura y los efectos del “*ius transmissionis*” aunque no se haya aceptado expresamente la herencia del causante, sino que se entiende aceptada tácitamente la herencia por parte del heredero, que dispone a su vez del bien heredado en su testamento.

ACEPTACIÓN TÁCITA DE HERENCIA

Resolución de 31 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

Se autoriza escritura de aceptación y adjudicación de herencia siendo el causante viudo, sin descendientes. Uno de los bienes adjudicados había sido adquirido por el causante y su esposa previamente fallecida con carácter ganancial. Se autoriza escritura en la que se rectifica la anterior, haciendo constar que el viudo había aceptado tácitamente la herencia de su esposa, considerando como acto presuntivo de dicha aceptación el hecho de legar el pleno dominio de la finca en su testamento.

La Dirección General estima el re-

curso del Notario autorizante considerando que efectivamente se ha producido la aceptación tácita, de acuerdo con los arts. 999 y 1000 del Código Civil, **al realizar un acto dispositivo en el testamento, y esta disposición testamentaria debe llevar a la conclusión de que no se trata de una transmisión del «*ius delationis*», sino de una aceptación tácita, pues tenía la condición de heredero único respecto a su esposa y por tanto el legatario y los herederos pueden adjudicarse los bienes a su nombre.** ●

privada ya que, lógicamente, ningún Notario le hubiera autorizado la escritura de adjudicación con el contenido de dicha instancia. Había testamento con usufructo universal a favor de la viuda, y con institución de heredero a favor de los hijos, si bien éstos habían renunciado a la herencia, pero manteniendo dos de ellos su derecho a un legado. Tras sucesivas renunciaciones la viuda queda como heredera, presentando la instancia citada en la que refunde el legado en la herencia y pretende la inscripción de la herencia invocando el art. 14 de la Ley Hipotecaria y el art. 76 del Reglamento Hipotecario.

La registradora niega la inscripción

solicitando el consentimiento de los legatarios, lo que es confirmado por la Dirección General, que considera que el procedimiento registral no es el cauce adecuado donde pueda personarse unilateralmente la heredera sin contar con los dos legatarios, que no han renunciado a su legado, ya que es algo que escapa del ámbito de aplicación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria, pues supondría una clara vulneración del principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos al **control de legalidad notarial y la calificación registral.**

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDADES/JUNTA GENERAL

NO CABE EL AUMENTO DE CAPITAL CON CARGO A RESERVAS SI ESTAS NO SON DE LIBRE DISPOSICIÓN

Resolución de 28 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 20 de Marzo de 2023)

Es objeto de recurso decidir sobre la inscripción de un acuerdo de ampliación de capital social en una sociedad de responsabilidad limitada, realizado con cargo a reservas sobre la base de un balance en que, a causa del resultado provisional negativo del ejercicio en curso, el excedente de la cifra de patrimonio neto sobre la de



capital inscrito no alcanza a dar cobertura al aumento pretendido, por lo que el registrador suspende la inscripción. La Dirección General desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador, señalando que **la libre disponibilidad de las reservas viene limitada**

por la función que están llamadas a desempeñar: la cobertura de pérdidas contabilizadas; y si no son plenamente disponibles no reúnen los requisitos legalmente exigidos por el artículo 303 de la Ley de Sociedades de Capital para su capitalización.

La comparecencia ante notario de una sociedad mercantil extranjera no tiene que articularse necesariamente a través de una sucursal

Las personas jurídicas extranjeras se rigen en lo relativo a su capacidad, constitución, representación y funcionamiento por su ley nacional y gozan en España de los mismos derechos civiles que las sociedades españolas, siendo exigible únicamente la acreditación de su existencia de acuerdo con la legislación de su nacionalidad y la expresión del correspondiente número de identificación fiscal

LA COMPARECENCIA ANTE NOTARIO DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL EXTRANJERA NO TIENE QUE ARTICULARSE NECESARIAMENTE A TRAVÉS DE UNA SUCURSAL

Resolución de 2 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 22 de Marzo de 2023)

Se suspende la inscripción de una escritura de ampliación de capital social de una sociedad de nacionalidad húngara, señalado como defecto el registrador que no consta que haya constituido una sucursal en España que actúe como representante permanente. El recurrente alega, en esencia, que no hay norma que exija que una sociedad extranjera tenga constituida una sucursal como establecimiento permanente en España; que las normas no imponen la obligación de crear una sucursal para que una entidad extranjera pueda operar válidamente en el tráfico jurídico español; que la Ley no exige en ningún momento que una adquisición haya de hacerse por medio de una sucursal; y que para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea, se establece un régimen de plena libertad para las inversiones directas entre países integrantes de la Unión, salvo determinadas ex-

cepciones que concurren en el presente supuesto; a ello, añade el notario autorizante que las personas jurídicas extranjeras se rigen en lo relativo a su capacidad, constitución, representación y funcionamiento por su ley nacional y los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles.

La Dirección General estima el recurso y revoca la nota de calificación del registrador señalando que de los artículos 156 y 165 del Reglamento Notarial se extrae que **la comparecencia ante notario de una sociedad mercantil extranjera no tiene que articularse necesariamente a través de una sucursal o representante de establecimiento permanente en España, siendo exigible únicamente la acreditación de su existencia de acuerdo con la legislación de su nacionalidad y la expresión del correspondiente número de identificación fiscal.** ●



CUENTAS ANUALES

ARTÍCULO 203 LEY SOCIEDADES DE CAPITAL: INEFICACIA DE LOS ACUERDOS QUE NO CONSTEN EN ACTA NOTARIAL
Resolución de 1 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 22 de Marzo de 2023)

Se deniega el depósito de las cuentas anuales de una sociedad al no constar consignados en acta autorizada por Notario, conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital. La Dirección General desestima el recurso y confirma la nota de calificación de la registradora, puesto que la ineficacia de los acuerdos adoptados en Junta General no depende de la vigencia o no de la anotación preventiva practicada en el Registro Mercantil conforme al artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil; sirviendo ésta, aunque se haya cancelado por caducidad, como elemento que puede tener su cuenta el registrador al realizar la calificación para denegar el depósito de las cuentas solicitadas

DERECHO HIPOTECARIO

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

CALIFICACIÓN: SUPÉRFLUA INTRANSIGENCIA SEMÁNTICA REGISTRAL
Resolución de 15 de Febrero de 2023.
(B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

Superando afortunadamente el excesivo formalismo pretendido registralmente, el Centro Directivo reconoce que en este caso el Notario, en la labor de indagación sobre la naturaleza y título del negocio que se escritura, ha llegado a la conclusión sobre cuál sea éste, y ha plasmado de forma indubitada que se trata de una adjudicación en ejecución del plan de liquidación del concurso, de suerte que, de la propia literalidad de la escritura, considerando las distintas partes de ésta, debe entenderse que por las expresiones empleadas se trata, inequívocamente, de una adjudicación en ejecución del plan de liquidación del concurso y no precisa de otra consideración.

CANCELACIÓN DE NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA
Resolución de 20 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

En el presente caso se presenta un mandamiento judicial librado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, por el que se traslada el decreto que acuerda la terminación del proceso, ordenando la cancelación de la nota marginal de expedición de certificación y la propia inscripción de hipoteca. En el caso objeto de este expediente, el procedimiento de ejecución directa ha culminado mediante la adjudicación de la finca al acreedor. Pero, no se pretende cancelar la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas como consecuencia de esa adjudicación, sino que, lo que se pretende es la cancelación de la referida nota margi-

nal, como consecuencia de la escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, que a su vez trae causa de la escritura de compraventa, pero formalizada no por el verdadero dueño en virtud del decreto de adjudicación, es decir, «Maximfácil, S.L.», sino por el titular registral que ya no tiene poder de disposición, como resulta de toda la documentación presentada

INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA CUANDO LA DIFERENCIA DE CABIDA ES INFERIOR AL 10%

Resolución de 23 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

Hay que distinguir entre los procedimientos de los artículos 199 y 9 de la Ley Hipotecaria. Ambos procedimientos presentan la rectificación de cabida de la finca registral como un efecto secundario derivado de la inscripción de una base gráfica. Como regla general, el elemento que determinará la aplicación de uno u otro procedimiento es la diferencia existente entre la superficie registral de la finca y la que resulta de la representación gráfica que se pretende inscribir. Se aplicará el procedimiento del artículo 9 cuando esa diferencia sea inferior al 10% de la superficie inscrita y el procedimiento del 199 cuando sea superior. Está plenamente justificado el inicio de la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria: la representación gráfica alternativa no respeta la delimitación resultante de la cartografía catastral de las parcelas afectadas y, existen derechos de terceros colindantes necesitados de protección, lo que ha quedado patente con la oposición presentada. Por tanto, es procedente la aplicación del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Constatado que existe una controversia entre colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede confirmar la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de fincas registrales colindantes

RECTIFICACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE FINCA Resolución de 23 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

Por el presente recurso se solicita dejar sin efecto y anular una inscripción por la que se rectificó otra inscripción anterior de una adjudicación judicial en virtud de decreto de judicial dictado en los autos de determinado juicio de ejecución de títulos judiciales, en procedimiento de división de cosa común. El recurso no puede prosperar, pues practicados los asientos, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dicho asiento ni de la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan.

ES POSIBLE DICTAR NUEVA NOTA DE CALIFICACIÓN CUANDO LA PRIMERA HA SIDO REVOCADA POR EL REGISTRADOR QUE LA DICTÓ Y SUSTITUIDA POR OTRA NUEVA

Resolución de 1 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 22 de Marzo de 2023)

En el presente expediente se dictó una primera nota de calificación, en virtud de la cual el registrador suspendía la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva por existir dudas fundadas de que la finca pudiera lindar con el dominio público marítimo-terrestre o, en su caso, estar afectada por las limitaciones establecidas por la Ley de Costas. Dicha nota de calificación fue recurrida por el notario autorizante alegando, que parece que el Registrador quiere que se le aporte la certificación a que se refiere el artículo 36 del Reglamento de la Ley de Costas, no correspondiéndole al otorgante aportarla al Registro, sino que es este el que debe solicitarla al Servicio Periférico de Costas cuando se den las circunstancias previstas en dicha regla 2ª. A la vista de dicho recurso, el registrador

dictó una segunda nota de calificación, en la que acuerda: Rectificar la calificación realizada de conformidad con el 327, párrafo sexto, de la Ley Hipotecaria; solicitar, tal y como indica el notario recurrente, al Servicio Periférico de Costas que certifique, en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud, si la finca sobre la que se declara la edificación invade el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito; y suspender la inscripción solicitada hasta la recepción de la certificación del Servicio Periférico de Costas o el transcurso del plazo indicado, y tomar en su lugar anotación preventiva de suspensión, por noventa días, de conformidad con el artículo 36 del Reglamento de Costas. El mismo notario recurre contra esta segunda nota de calificación alegando que el allanamiento del registrador conlleva necesariamente la inscripción, así como la innecesariedad de solicitar certificación del Servicio Periférico de Costas, pues el certificado no puede ser solicitado por el registrador cuando haya únicamente meras presunciones, suposiciones o conjeturas, sino cuando la colindancia resulte del propio Registro.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, la Dirección General señala que es doctrina reiterada que la exigencia de que la calificación registral sea global y unitaria, de suerte que en ella se pongan de manifiesto la totalidad de los defectos que impiden la inscripción, no obsta a que, en aras del superior principio de legalidad, deba rechazarse la inscripción si se observan nuevos defectos que la impidan, aunque no hubieran sido puestos de manifiesto en una calificación anterior. Por ello, debe desestimarse la alegación sobre la imposibilidad de dictar nueva nota de calificación cuando la primera nota de calificación ha sido revocada directamente por el registrador que la dictó y sustituida por otra nueva. Añade que, en el presente caso, la segunda nota de calificación no advierte nuevos defectos no advertidos con anterioridad, sino que

matiza y suaviza la primera calificación estimando la alegación subsidiaria del notario recurrente conforme a la cual el medio para obtener la subsanación del defecto señalado inicialmente debe solicitarla de oficio el propio registrador y no exigir su aportación al interesado.

Respecto a la cuestión principal, la Dirección General desestima el recurso y confirma la nota de calificación, concluyendo que el registrador está aplicando la doctrina del Centro Directivo por lo que, **existiendo dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público marítimo-terrestre o de las zonas de servidumbre, y ante la falta de información concluyente al respecto en la aplicación gráfica registral homologada, podría determinarse la colindancia o intersección así como si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con dichas servidumbres, mediante la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas comprensiva de tales extremos y referida a la representación gráfica que obre en tal Administración.**

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIÓN JUDICIAL BRITÁNICA: SE APLICA LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DEL QUE DEPENDE EL REGISTRADOR PARA DETERMINAR EL PROCEDIMIENTO, REQUISITOS Y EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Resolución de 2 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 22 de Marzo de 2023)

Se pretende la inscripción de un documento relativo a una propiedad inmueble en España formalizado ante notario británico redactado a doble columna en inglés y español, apostillado, en el que, aludiendo a una orden dictada por un tribunal local en el ámbito del Derecho de familia, en un procedimiento matrimonial, se dice transmitir a una persona física, ex pareja del transmitente, a través de quien se dice apoderado judicial de una persona

RESOLUCIONES DE LA DGSJyFP

que no es el titular registral. Se complementa el título con una escritura de aceptación por parte de la beneficiaria otorgada en España, en la cual no se realiza juicio de ley alguno, ni añade nada a la ejecución pretendida del título judicial. El registrador niega la virtualidad transmisiva del documento en que se formaliza.

Recuerda la Dirección General que, en Resolución de 8 de octubre de 2020, ya tuvo ocasión de señalar que la regulación de la ejecución propiamente dicha de las resoluciones extranjeras se mantiene residenciada en el ámbito de los ordenamientos nacionales, por lo que las resoluciones judiciales relacionadas con los procesos de ejecución, incluidas las medidas cautelares, o ejecución a lo establecido en los ordenamientos nacionales. Queda **quedan sujetas en cuanto a su implementación fuera de los instrumentos europeos y, por ende, sometida a los respectivos ordenamientos nacionales**, la denominada «ejecución impropia» mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que, como tales, no requieren de un procedimiento de ejecución posterior «stricto sensu». Por tanto, desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador, recordando que **corresponde a la legislación del Estado del que depende el registrador, como autoridad encargada de la llevanza del Registro, determinar el procedimiento, requisitos y efectos de la inscripción de dicha resolución extranjera, si bien la aplicación de la normativa interna tendrá el límite, como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, de no poder anular el denominado «efecto útil» de los instrumentos europeos, entendiéndose por tal la efectividad práctica del principio de confianza mutua, en virtud de la cual la resolución dictada por un juez de otro Estado miembro debe merecer la misma confianza que la dictada por un juez nacional, y en consecuencia no recibir un trato discriminatorio o desfavorable.**



NO CABE LA SOLICITUD DE NOTA SIMPLE POR CORREO ELECTRÓNICO

Dos Resoluciones de 13 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 31 de Marzo de 2023). Otra idéntica también de fecha 27 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

Una sociedad mercantil efectuó una solicitud de nota simple informativa al Registro través de un correo electrónico, indicando que una determinada empresa de mensajería recogería la información registral, presumiblemente en soporte papel. Desde el registro se le comunicó la denegación de la expedición de la nota simple solicitada por no ajustarse lo solicitado a la normativa reguladora del procedimiento de emisión de publicidad registral.

La Dirección General desestima el recurso. Reitera la doctrina de las Resoluciones de 23 de mayo de 2022 y 6 de febrero de 2023: «El art. 222.9 LH hace alusión a las comunicaciones electrónicas, pero no hace referencia expresa al correo electrónico en los trámites registrales, por lo que conforme a la repetida resolución, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal aconseja que, en tanto no se produzca, la relación con los Registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica, que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos».

DUDAS FUNDADAS SOBRE IDENTIDAD DE LA FINCA

Resolución de 14 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 31 de Marzo de 2023)

Se trata de una escritura en la que el titular de una finca inscrita como rústica la vende a cuatro hermanos que la adquieren pro indiviso en porcentajes distintos; se solicita la rectificación de la descripción de la finca para ajustarla a su descripción catastral. El registrador suspende la inscripción solicitada por dudas en la identidad de la finca y por existir evidentes indicios de parcelación ilegal.

La Dirección General confirma ambos defectos, puesto que la georreferenciación propuesta coincide parcialmente con la descripción georreferenciada de la finca colindante, según las coordenadas inscritas de esta, la presentación posterior de su representación y el informe gráficos del solape obtenido de la aplicación gráfica auxiliar homologada.

OBSTÁCULOS A LA PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO

Resolución de 28 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

Se presenta telemáticamente en el «portal de entradas telemáticas habilitada por el Colegio de Registradores para la presentación de documentos privados (sic)» una solicitud de nota informativa de las fincas propiedad de determinada persona, señalando como medio de recogida una mensajería.

Se deniegan las notas considerando que el portal es para aquellos documentos susceptibles de producir un asiento, pero no una solicitud de nota informativa, que la identificación del solicitante no está acreditada, a pesar de que se hace la petición con firma electrónica, y que si se solicita por medio electrónico se deben entregar por el mismo medio, implicando todo ello un nuevo ejemplo de lo difícil que resulta en España el acceso al contenido de un registro que es de carácter público.

EL CÓMPUTO DEL AÑO DEL ARTÍCULO 205 DE LA LEY HIPOTECARIA SE CUENTA DESDE LA FECHA DE LAS ADQUISICIONES

Resolución de 29 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

Se adquiere una finca no inmatriculada en escritura de compraventa, habiendo adquirido los vendedores nueve meses antes en otra escritura, denegando la registradora la inmatriculación por el procedimiento del doble título al no haber transcurrido un año entre los dos, lo que es confirmado por la Dirección General, quien precisa que el “**lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior.**”



CANCELACIÓN DE DERECHO DE VUELO SIN PLAZO: DEBE PASAR 60 AÑOS POR EL ARTÍCULO 210 DE LA LEY HIPOTECARIA (PÁRRAFO 3º, REGLA 8ª)

Resolución de 30 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

En escritura autorizada el año 1980 se constituye un derecho de vuelo sin sujeción de plazo, solicitándose por instancia privada la cancelación del mismo por persona perjudicada por el mismo, tras 42 años desde su constitución.

La Dirección General señala que ante esta falta de plazo es necesario esperar el plazo de 60 años a que se refiere el párrafo tercero de la regla octava del artículo 210 de la Ley Hipotecaria, sin poder acudir a otros preceptos de la legislación hipotecaria, como el art. 82 del mismo texto.

INMATRICULACIÓN/REANUDACIÓN DE TRACTO/EXCESOS DE CABIDA

INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO: IUS TRANSMISIONIS

Resolución de 8 de Febrero de 2023. (B.O.E. de 6 de Marzo de 2023)

Se discute si la escritura que pretende lograr la inmatriculación recoge dos transmisiones, como entiende la recurrente al afirmar que hubo aceptación tácita de la herencia por parte de la viuda, o una sola transmisión, como parece entender la registradora al exigir que se aporte el título previo de adquisición del primer fallecido (transmisor). Pues bien, ambas posibilidades resultan rechazadas: por una parte, la aceptación tácita es inadmisibles registralmente por falta de título público; y por otra parte, la pretendida presencia de un ius transmisiones, tampoco constituye base para inmatricular mediante doble título, habida cuenta de la asentada doctrina a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 de que en tales casos sólo existe una única transmisión, y no dos, del primer causante a los herederos transmisarios. **No existe una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios.**

Esta misma tesis ha seguido la doctrina del Centro Directivo: **los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una do-**

ble transmisión del causante al transmitente y de éste a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante. (RR. 26 de marzo y 11 de junio de junio de 2014, 26 de julio de 2017, 22 de enero, 12 de marzo, 25 de abril, 5 de julio y 28 de septiembre de 2018 y 5 de abril de 2019.

RECTIFICACIÓN. DUDOSA TITULARIDAD DE UN PASAJE COLINDANTE: ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA

Resolución de 13 de Febrero de 2023. (B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

Se trataría de sustituir la expresión inscrita: «linda por el sur con un pasaje del que le corresponden dos tercios, según Catastro», por la siguiente: «Linda por el sur con un pasaje particular propio y mediante él, con una finca de la calle (...)». Sin embargo, de la descripción registral de la finca cuya rectificación descriptiva se pretende puede resultar la existencia de una titularidad del pasaje en favor de un tercero, pues si dicha finca registral lindaba con la finca de M. R. V. y la 7.785 lindaba al norte con la finca de M. R. V., puede colegirse la existencia de una titularidad distinta del pasaje, razón por la cual el Catastro asigna una titularidad de dos tercios al titular de la finca discutida. No resulta del Registro que la asignación de los dos tercios de ese pasaje a la finca registral examinada, sea un error que puede subsanarse si se atiende al contenido tabular, y tampoco puede afirmarse con rotundidad que dicha subsanación fuese inscribible sin causar perjuicio a tercero, habida cuenta que la rectificación de la descripción del linde sur pretendido no sería coherente con la descripción registral previa, aunque conste la georreferenciación inscrita y coordinada gráficamente con el Catastro de la finca registral. Para evitar el posible perjuicio a tercero, y proceder a la inscripción de la modificación propuesta,

RESOLUCIONES DE LA DGSJyFP

señala el Centro Directivo que debe tramitarse mediante un nuevo expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, notificando al colindante que resulta del Registro, por cualquiera de los medios que prevé el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

DUDAS REGISTRALES DISIPADAS POR MANIFESTACIONES NOTARIALES

Resolución de 14 de Febrero de 2023.
(B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

Con el fin de despejar las dudas que llevaban al registrador a negar la rectificación de una finca y exigir una inmatriculación, se explica lo siguiente por el Notario autorizante del expediente del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, incoado para señalar la correcta superficie de una finca (de dilatado historial registral) que tiene dos viviendas: originariamente la finca consistía en una única casa con huerto de un antepasado común de los dos requirentes y actuales copropietarios por mitades indivisas. Posteriormente se completó la edificación de toda ella y se dividió materialmente (no jurídicamente) en dos.

Se resuelve que no hay inmatriculación de finca como se aducía registralmente, sino que dicha finca original se ha ido transmitiendo mortis causa por mitades independientemente pero perpetuándose en el tiempo una situación de proindiviso sobre la originaria finca inscrita, y precisamente para acabar con esta situación de indivisión, los requirentes solicitaron al Ayuntamiento la parcelación de las dos fincas, lo cual sólo pueden obtener si previamente consta la superficie correcta de la misma.

DUDAS DE INVASIÓN DE TERRENOS: GEORREFERENCIACIÓN NO INSCRIBIBLE

Resolución de 15 de Febrero de 2023.
(B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

Dada la controversia entre distintos titulares registrales colindantes acerca de la respectiva georreferenciación de sus fincas, el recurso gubernativo no es el medio

idóneo de resolver las diferencias de las partes, pues tan sólo la constata. Resulta precisa la incoación de un proceso jurisdiccional posterior que aclare la controversia, conforme al último párrafo del artículo 198 de la Ley Hipotecaria, o de que ambos lleguen a un acuerdo en el seno de una conciliación registral del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria.



RECTIFICACIÓN DE INMATRICULACIÓN. RESPETO AL TITULAR REGISTRAL

Resolución de 15 de Febrero de 2023.
(B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

Considerando el principio de tutela judicial efectiva que ampara todo asiento registral, el recurso no es el medio adecuado para rectificar dos inmatriculaciones ya practicadas, mediante la presentación de un oficio suscrito por el jefe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Occidental, alegando la invasión de dominio público. Esto se entiende sin perjuicio de la responsabilidad en la que, en su caso, pudiera incurrir la administración titular extrarregistral del dominio público, por no haber cumplido su obligación legal de inscribir registralmente tal dominio público (véase el artículo 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones

Públicas), pues el adquirente de buena fe podría invocar, si no la protección máxima del principio de fe pública registral, sí al menos el principio general de protección de la buena fe y apariencia legítima y el de responsabilidad patrimonial por los actos y omisiones administrativas, que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE GEORREFERENCIACIÓN POR INVASIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

Resolución de 20 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

Para resolver el recurso procede determinar si el informe de la Administración es concluyente sobre la posible invasión del dominio público, cuando se limita a certificar el trazado de la línea de dominio público, que la cartografía catastral respeta, y a exigir al propietario, con carácter previo a la inscripción de la georreferenciación un deslinde gráfico. En el presente expediente el informe emitido por la jefa de Sección de Expropiaciones y Gestión Patrimonial de la Generalitat Valenciana suscita suficientes dudas que justifican la calificación negativa de la registradora, si bien no es del todo concluyente.

LA DISOLUCIÓN PARCIAL DE COMUNIDAD ES TÍTULO APTO INMATRICULADOR

Resolución de 21 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

El registrador deniega la inmatriculación de la finca descrita porque, a su juicio, el paso de tres condueños a solo dos no constituye una mutación jurídico real que afecte a toda la finca ya que el condominio persiste y por ello no constituye título hábil para inmatricular.

El supuesto del presente expediente se aproxima a uno de los que este Centro Directivo ha calificado de disolución de comunidad, en una comunidad sobre un bien indivisible, material o económicamente, los copropietarios acuerdan adjudicarlo en

proindiviso a varios de ellos, que compen- san en metálico a los no adjudicatarios. **Y se trata de un negocio jurídico que com- porta una mutación jurídico real de ca- rácter esencial que, como antes se ha expresado, debe considerarse apto como título inmatriculador.**

INSCRIPCIÓN DE GEORREFERENCIACIÓN ALTERNATIVA Y POSIBLE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Dos Resoluciones de 21 y 22 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 15 de Marzo de 2023)

La georreferenciación alternativa preten- dida por el interesado invade, según la car- tografía catastral, «dominio público o ter- reno no incorporado a la cartografía ca- tastral» en 252 metros cuadrados. Durante la tramitación del procedimiento del artí- culo 199 de la Ley Hipotecaria, iniciado con buen criterio por el registrador en aplica- ción de la doctrina de este Centro Directivo antes citada, no ha comparecido ni alegado nada, ni el Ayuntamiento competente, ni ninguna otra Administración Pública, ni interesados particulares. Por tanto, no ha podido quedar confirmado ni desmentido si la porción invadida de 252 metros cua- drados es «dominio público» o simple- mente «terreno no incorporado a la carto- grafía catastral. No obstante, de la super- posición de la georreferenciación con la cartografía catastral se constata claramente la invasión de dominio público, sin que se hayan disipado los motivos que provocan esa invasión, para lo cual será preciso que se aporte documentación que disipen las indicadas dudas.

ARTÍCULO 199 LEY HIPOTECARIA: EXISTENCIA DE CONTROVERSIAS ENTRE DISTINTOS TITULARES REGISTRALES COLINDANTES; NO CABE SU RESOLUCIÓN MEDIANTE RECURSO

Resolución de 27 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 20 de Marzo de 2023)

Es objeto de recurso la suspensión de la

inscripción de la georreferenciación al- ternativa a la catastral de una finca regis- tral y la consiguiente rectificación de su descripción, como consecuencia de las alegaciones efectuadas por un colindante, que puede determinar, a juicio del regis- trador, la existencia de un conflicto la- tente, que no puede resolverse en el ám- bito del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección General confirma la nota de calificación del registrador, reiterando la doctrina del Centro Directivo que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, dada la oposición de un colindante que resulta no solo ser titular catastral del inmueble catastral afectado en parte por la georreferenciación que pretende inscribir el pro- motor, sino también titular registral de la finca colindante, si bien no tienen tampoco inscrita en el Registro de la Propiedad su correspondiente georreferenciación. Pero, alega entrar en colisión con la pretendida por el promotor; con lo que «queda patente que existe controversia entre distintos ti- tulares registrales colindantes acerca de la respectiva georreferenciación de sus fincas, sin que el recurso pueda tener como objeto la resolución de tal controversia, sino sólo la constatación de su existencia». Concluye señalando la posibilidad de la que dispone el promotor en estos casos para acudir a la conciliación regulada en el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, al procedimiento de deslinde regulado en el artículo 200 de la misma, o incoar un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto.

DOBLE INMATRICULACIÓN. TRAMITACIÓN EXPEDIENTE

Resolución de 6 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 22 de Marzo de 2023)

La denegación del Registrador para trami- tar el expediente de doble inmatriculación del art. 209 del Reglamento hipotecario debe estar suficiente motivada, no puede ser arbitrario ni discrecional. En caso con-

trario, debe iniciarse el procedimiento con audiencia a los interesados.

REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: TÍTULO DE DOMINIO ESCRITO, PÚBLICO O PRIVADO NO ES ADMISIBLE EL CONTRATO VERBAL

Dos Resoluciones de 7 de Marzo 2023 (B.O.E. de 27 de Marzo de 2023)

El expediente de reanudación de tracto su- cesivo constituye un procedimiento excep- cional que debe ser observado de forma ri- gurosa y restrictiva. Como requisito im- prescindible debe acompañarse, con la so- licitud, el documento, público o privado, del que resulte el título de propiedad de la finca cuya reanudación de tracto se pre- tende obtener, correspondiente al promo- tor del expediente, sin que sea suficiente a estos efectos un contrato meramente ver- bal. Si en el momento de solicitud de la cer- tificación consta al registrador algún obs- táculo que pueda impedir la inscripción ul- terior del expediente, podría y debería ad- vertirlo para evitar seguir la tramitación de un expediente que finalmente no va a poder ser inscrito. El notario así podrá fi- nalizar la tramitación ante los obstáculos advertidos por el registrador, o seguir su tramitación, pudiendo entonces aportar pruebas o justificación suficiente de la pro- cedencia del expediente que desvirtúen en su caso las dudas del registrador.

MODIFICACIÓN DE FINCA QUE PROCEDE DE PROYECTO DE REPARCELACIÓN

Resolución de 9 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 27 de Marzo de 2023)

Para modificar la superficie inscrita de una finca que procede de un proyecto de reparcelación se, y que no respeta la iden- tidad gráfica que ya consta inscrita, y que por tanto supone una porción de terreno distinta que forma parte de las fincas co- lindantes, se requiere el otorgamiento de los correspondientes negocios de segre- gación y agrupación de fincas.

Los pronunciamientos jurídicos del Registro de la Propiedad frente a datos del Catastro inmobiliario

El Catastro, como institución administrativa, atiende a la realidad física de la finca, como reveladora de una capacidad económica mientras que el Registro de la Propiedad, como institución jurídica, atiende a la misma realidad física, pero pone el punto de vista en la persona de un propietario, o titular registral, que tiene un título hábil para adquirir la propiedad. Ambas instituciones están presididas por dos principios fundamentales: el de independencia y autonomía funcional, y tienden a su necesaria coordinación, si bien, caso de discrepancia deben prevalecer los pronunciamientos del Registro.

INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA FUNCIONAL DEL CATASTRO INMOBILIARIO Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. PREVALENCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JURÍDICOS DEL REGISTRO

Resolución de 28 de Febrero de 2023 (B.O.E. de 20 de Marzo de 2023)

Es objeto de recurso la negativa de la registradora a inscribir la georreferenciación catastral de una finca tras la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, al constar oposición de terceros y existir dudas de identidad acerca de que la representación gráfica georreferenciada aportada se corresponda efectivamente con la realidad física de la finca registral y no invada a colindantes registrales. La recurrente alega lo siguiente:

- 1º Que no se pretende rectificar la cabida de la finca registral, sino sólo incorporar la descripción gráfica catastral, por lo que no procede la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, sino la tramitación directa de lo señalado en el artículo 9.b de la Ley. La Dirección General precisa que, en este caso, en que la georreferenciación pretendida no es de aportación obligatoria, sino potestativa, resulta imperativa la aplicación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria porque así lo ordena el propio artículo 9, que señala que la representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica, añadiendo que, en ambos casos, se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199.
- 2º Que la descripción gráfica catastral se aprueba por Resolución del Catastro en procedimiento tramitado con la participación de los colindantes, en especial el que posteriormente alega ante el Registro de la Propiedad, sin que se interponga recurso por ninguno de ellos, por lo que la Resolución del Registro no es suficiente para superar y hacer inútil dicha Resolución catastral. La Dirección General recuerda la doctrina reiterada del Centro Directivo, conforme a la cual, hay que partir de la naturaleza autónoma y distinta de dos instituciones que tienen por objeto el territorio, como realidad física, pero al que contemplan de modo distinto, **el Catastro, como institución adminis-**

trativa, que atiende a su realidad física, como reveladora de una capacidad económica y el Registro de la Propiedad, como institución jurídica, que atiende a la misma realidad física, pero que pone el punto de vista en la persona de un propietario, o titular registral, que tiene un título hábil para adquirir la propiedad. Ambos operan con derechos distintos, como el administrativo del Catastro y el Civil Patrimonial del Registro de la Propiedad y están sujetos a principios distintos. Por ello, las alteraciones catastrales producidas como consecuencia de la resolución de los procedimientos de subsanación de discrepancias del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, no pueden tener ninguna repercusión registral si no se incorporan esas alteraciones al asiento, por alguno de los medios previstos en el Título VI de la legislación hipotecaria.

Concluye señalando que si la alegación de la recurrente hubiera de entenderse en el sentido de que una determinada resolución de incorporación catastral tuviera que ser legalmente vinculante para el Registro de la Propiedad, resultaría completamente desacertada y contraria al Derecho vigente, por más que se hayan adoptado muchas medidas legales para avanzar hacia **la coordinación entre el Registro y el Catastro, ya que todas ellas están presididas por dos principios fundamentales: el de independencia y autonomía funcional de cada una de dichas instituciones y el de, caso de no haberse alcanzado dicha coordinación, o llegar a perderse posteriormente, prevalencia de los pronunciamientos jurídicos del Registro de la Propiedad sobre los datos del Catastro inmobiliario.** Con estos antecedentes y no habiéndose recurrido el defecto señalado por la registradora, la Dirección General desestima el recurso y confirma la nota de calificación. ●

(1) En este mismo número en la sección de Opinión, bajo el nombre de Georreferenciación, contamos con los artículos sobre esta resolución..

LA DESCRIPCIÓN LITERARIA DEL REGISTRO NO GARANTIZA LA EXACTITUD DE LA MISMA

Resolución de 29 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

En relación a la tramitación de un procedimiento del art. 199 de la LH, la Dirección General reconoce que la descripción literaria de las fincas en el Registro de la Propiedad puede contener inexactitudes, y no solo lo reconoce el propio Centro Directivo, sino que afirma que esta inexactitud tiene su reconocimiento por el legislador, cuando permite en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria la incorporación de la georreferenciación cuando las diferencias superficiales sean inferiores al 10% de la cabida inscrita, presumiendo una discordancia con la realidad física, a subsanar mediante expediente de concordancia, cuando sean superiores a ese 10% de la cabida inscrita. Y todo ello para estimar el recurso considerando que la registradora no tenía razón objetiva para concluir que existían dudas fundadas, ya que el informe de validación gráfica señalaba que la finca estaba dentro del perímetro señalado por Catastro.

HIPOTECA/CONDICIÓN RESOLUTORIA

INADMISIBLE INSCRIPCIÓN PARCIAL SOLO CON CONSENTIMIENTO GENÉRICO

Resolución de 8 de Febrero de 2023. (B.O.E. de 6 de Marzo de 2023)

Se presenta escritura de préstamo hipotecario con certificado de tasación caducado. Ante la primera suspensión, se vuelve a presentar solicitando la inscripción parcial sin el pacto de ejecución judicial de la hipoteca, al amparo de una cláusula genérica de estilo contenida en la escritura en la que se solicita la posible o eventual inscripción parcial, la cual es denegada.

Señala la Dirección General que las cláusulas relativas a los procedimientos de ejecución hipotecaria judicial o consuntivos son parte esencial del derecho real de

hipoteca; de ahí que se necesite la petición específica de inscripción parcial procedente del acreedor hipotecario. En el presente caso, no ha concurrido dicho consentimiento especial exigido, argumentándose por el Centro Directivo que de no haber querido el acreedor la inscripción parcial automática de la hipoteca, no habría solicitado la representación del deudor para subsanar defectos, y, por otra parte, podría haber optado, ante la primera nota de calificación negativa, por manifestar su voluntad de que se inscribiera la hipoteca sin el indicado pacto. En otro sentido, como ya dijera la Resolución de 8 de septiembre de 2021, esa voluntad respecto a esta concreta inscripción parcial podría deducirse de la propia interposición del recurso contra la calificación registral presentado por la entidad acreedora, pero, en este caso, al haberse interpuesto el recurso por el notario autorizante de la escritura, en términos jurídicos y no expresivos de una voluntad manifestada en su presencia, no es posible extraer esa conclusión.

APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009 A LA CESIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Resolución de 14 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 31 de Marzo de 2023)

Un préstamo hipotecario se constituyó en 2005 a favor de Bankia. Bankia lo cedió a otra sociedad en 2017. En escritura autorizada en 2022, cuya inscripción es objeto del recurso, el préstamo volvió a ser cedido a otra entidad que no es entidad de crédito. El cesionario declara en la escritura que la entidad adquirente no ejercita la actividad de préstamo de manera habitual. El registrador considera que sí que está realizando una actividad profesional, que es aplicable a la cesión de préstamos hipotecarios la Ley 2/2009 y que la cesionaria debe cumplir los dos requisitos que dicha ley exige: inscripción en el registro especial y obtención de un seguro o aval.

La Dirección General avala el proceder del registrador, que aprecia la habi-

tualidad **por consulta efectuada al Servicio de «prestamistas habituales» del Colegio de Registradores**, en el que la cesionaria figura como titular de 31 hipotecas en la provincia de Alicante («la inscripción de al menos dos hipotecas, constituye suficiente indicio»); y no considera suficiente para excluir la aplicación de dicha Ley que el acreedor haga constar expresamente que no se dedica de manera profesional a la concesión de préstamos hipotecarios, ni que no conste esa habitualidad en el servicio notarial de actividades de «Signo».

Por otro lado, se plantea en el recurso si la citada Ley 2/2009, es aplicable también al supuesto concreto de la cesión de un préstamo hipotecario o únicamente lo es en caso de concesión de préstamos o créditos. La Dirección entiende lo primero, porque señala que si bien es cierto que la Ley 2/2009, constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, **hay una segunda finalidad de la norma consistente en ‘cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios’ (arts. 7 y 14.1.a L. 2/2009), y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo**, como puede acontecer por una inadecuada adaptación de la cuota a la modificación del tipo de interés variable, por el cobro de una comisión o gasto no pactado, por la indisponibilidad del dinero en el plazo convenido en un crédito en cuenta corriente, por el no sometimiento a la resolución extrajudicial de conflictos pactada, o por el retraso en la cancelación de la hipoteca una vez pagada la deuda, entre otros supuestos ligados al ejercicio profesional de la actividad de prestamista.

RESOLUCIONES DE LA DGSJyFP

CANCELACIÓN DE HIPOTECA CAMBIARIA

Resolución de 27 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

Se solicita la cancelación de una hipoteca cambiaria que una sentencia ha declarado nula por insuficiencia del poder para constituir, y por caducidad, porque en la escritura se pactó que podría cancelarse transcurridos tres años desde el último vencimiento de las letras, si en el Registro no constaba su ejecución. La Dirección General estima el recurso, señalando que debe acreditarse que **el procedimiento se ha seguido contra el titular de la hipoteca, lo cual únicamente se producirá si la demanda se ha dirigido contra el tenedor de las letras garantizadas con la hipoteca;** pero en el presente caso es procedente la cancelación de la hipoteca por caducidad.

NO PUEDE CONSTITUIRSE UNA HIPOTECA SOBRE BIENES ADQUIRIDOS BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA POR NO TENER EL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE EL BIEN, ART. 1857 CC

Resolución de 28 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023).

Se deniega la inscripción de una hipoteca constituida por los adquirentes de unos inmuebles bajo condición suspensiva cuyo cumplimiento no ha sido acreditado; pues, según los artículos 1857 del Código Civil y 138 de la Ley Hipotecaria, **los otorgantes carecen de poder de disposición de derecho alguno susceptible de ser hipotecado, al tratarse de cesionarios bajo condición suspensiva, condición que pospone la adquisición del dominio hasta su cumplimiento, adoptando, los adquirentes, una simple posición jurídico obligatoria;** frente a la alegación por los recurrentes de la supuesta semejanza con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales de los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, añade la Dirección que en esos preceptos el elemento condicional recae sobre la propia obligación garantizada, y no sobre la titularidad del bien.

EL DOMICILIO DE NOTIFICACIÓN EN LAS HIPOTECAS DEBE ESTAR EN ESPAÑA

Resolución de 30 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

En una hipoteca sobre una finca situada en Barcelona constituida por dos personas, una española y otra alemana, señalando como domicilio para notificaciones y requerimientos el domicilio que consta en la comparecencia, que está situado en Alemania. La registradora afirma que es necesario que el domicilio esté situado en territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 660.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Notario recurrente considera que dicho artículo citado está superado por la doctrina establecida por la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 150/2016, de 19 de septiembre de 2016. La Dirección General, desestimando el recurso entiende que **dicha doctrina es admisible cuando la notificación en el domicilio en territorio español es infructuosa.**

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NO PUEDE INTERPRETAR EL ARTÍCULO 671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Resolución de 31 de Marzo de 2023 (B.O.E. de 18 de Abril de 2023)

Se presenta testimonio de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se acordó, a falta de postores en la subasta, adjudicar la finca ejecutada al acreedor ejecutante (que, a su vez, cedió el remate a la sociedad recurrente) por una cantidad igual a la correspondiente a lo adeudado por todos los conceptos, aunque dicha cantidad sea notablemente inferior al 50 % del valor de tasación que consta en la inscripción de hipoteca.

La registradora suspende la inscripción acogiendo a la doctrina que había venido manteniendo la Dirección General sobre la necesidad de hacer una interpretación conjunta de los artículos 671 y 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para evitar que una aplicación puramente literal del primero de los preceptos supusiera un desequilibrio

que perjudicara gravemente los intereses del ejecutado y de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca.

Pero en este caso, el Centro Directivo, aplicando la Sentencia 866/2021 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre revoca la calificación considerando que **la valoración acerca de la correcta interpretación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil excede del margen que legalmente corresponde a la calificación registral.**



ANOTACIONES PREVENTIVAS

EMBARGO CONTRA HERENCIA YACENTE: REQUISITOS INCUMPLIDOS

Resolución de 14 de Febrero de 2023. (B.O.E. de 8 de Marzo de 2023)

Según el Centro Directivo, toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente.

Sin embargo, en el supuesto de hecho, y a la vista de la documentación presentada en su momento en el Registro, no puede establecerse ni existencia de concretas personas llamadas a la herencia, ni tampoco la ausencia de indicios de posibles herederos interesados en la herencia yacente, ni, en consecuencia, la forma en que han sido citados.

DE INTERÉS NOTARIAL



Leer más

Martín González-Moral García, notario

INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DEL TERCIO DE MEJORA

Comentario práctico

Un testador, que tiene un único hijo y una nieta, hija de éste, desconfía de las aptitudes de su hijo para la administración de sus bienes. Le recomiendan que le instituya heredero pero que el metálico existente en la herencia lo perciba en pagos mensuales de determinada cuantía, hasta que se agote. El metálico, previsiblemente, tendrá un valor superior al tercio libre, por lo que esa disposición, en parte, sería imputable al tercio de mejora.

Como el testador puede privar al hijo de todo el tercio de mejora, atribuyéndolo a su nieta, cabría pensar que también puede adjudicárselo con alguna limitación, como es la de que lo perciba aplazado en el tiempo y fraccionadamente.

Pero “No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes” (art. 824 Cc.).

Se plantea entonces esta cuestión: ¿Es admisible una limitación que afecte al tercio de mejora sin que exista una correlativa ventaja para otro descendiente del testador? En nuestra opinión, si no existe un gravamen sobre la mejora a favor de algún descendiente, la intangibilidad cualitativa del tercio de mejora es la misma que la del tercio de legítima estricta y, en



nuestro ejemplo, la limitación impuesta al heredero, en cuanto afecte al tercio de mejora, se ha de tener por no puesta (salvo que se incluya una cautela que favorezca a la nieta en el caso de que el hijo no acepte la limitación).

RECURSO DE QUEJA Y PREJUDICIALIDAD PENAL

Res DGSJyFP de 23 de junio de 2022 (Exp. 36/22). Sistema Notarial. Queja

Una persona interpone un recurso de queja contra la actuación profesional de un notario por haber autorizado escritu-

ras otorgadas en nombre de una sociedad por quien ya no tenía su representación, que había pasado a la administración concursal. Menciona que, por los mismos hechos, ha interpuesto una querrela, admitida a trámite, contra varias personas, entre ellas el notario.

La Junta Directiva del Colegio Notarial desestima la queja.

La Dirección General recuerda la preferencia del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo sancionador, siendo incompatible el conocimiento del mismo hecho por dos jurisdicciones distintas e improcedente la tramitación del procedimiento administrativo una vez iniciado el



penal (arts 77.4 Ley 39/2015, de 1 de octubre, y 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y STS Sala 3ª de 15 de septiembre de 2008 –recurso 4338/2006- y de 11 de noviembre de 2016 –recurso 317/2015-), por lo que revoca el acuerdo de la Junta Directiva y le ordena retrotraer las actuaciones y suspender la tramitación del procedimiento de queja en tanto no recaiga resolución firme en las actuaciones penales.

NO ESTÁ SUJETA A AJD LA ASUNCIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA SI NO CONSTA EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR

Consulta DGT V0027-23 de 11 de enero de 2023

La STS (Sala 3ª) de 20 de mayo de 2020, en un caso de disolución de condominio en el que el adjudicatario asumió la deuda hipotecaria que gravaba el inmueble adjudicado, liberando al otro codeudor, fijó la siguiente doctrina legal: está sujeta a

AJD la liberación en escritura pública notarial de codeudores de un préstamo garantizado mediante hipoteca de determinados inmuebles.

La muy completa Consulta DGT V3397/2020 de 23 de noviembre de 2020 ha puntualizado que es aplicable la tributación por AJD a la asunción liberatoria de deuda hipotecaria en una liquidación de gananciales (también Consulta DGT V3116/2020 de 19-10-2020), que el sujeto pasivo es quien consiente la liberación y la base imponible es la responsabilidad hipotecaria de que el codeudor queda liberado, es decir, la parte que le correspondía del capital pendiente más los intereses y cualesquiera otros conceptos incluidos en la hipoteca. Y, con el discutible argumento de que la liberación del deudor es un acto jurídico independiente de la liquidación de la sociedad legal de gananciales, descarta expresamente que sea aplicable al caso la exención establecida en el artículo 45.1 B) 3 del RDL 1/1993 de 24 de septiembre,

que aprueba el TR de la LITP y AJD, para “Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”.

Finalmente, la Consulta DGT V0027/2023 de 11 de enero de 2023, aclara que no está sujeta a AJD la asunción de la deuda hipotecaria en una disolución de condominio si no consta el consentimiento del acreedor a la liberación del codeudor. Puede no constar el consentimiento del acreedor en la escritura de disolución de condominio y asunción liberatoria de la deuda hipotecaria pero si consta en una escritura posterior de novación y ampliación del préstamo asumido por el adjudicatario se devengará el impuesto por esta segunda escritura. Ese fue el supuesto de la STS de 20 de mayo de 2020.

La doctrina de la Dirección General de Tributos anterior a la sentencia de 20 de mayo de 2020 consideraba que la asunción de la deuda hipotecaria por uno de los codeudores con liberación de los demás no daba lugar a una inscripción distinta de la inicial de constitución de la hipoteca, por lo que, faltando el requisito de ser un acto inscribible, no estaría sujeta a AJD.

PARA EVITAR LAS MILÉSIMAS DE EURO

Comentario práctico

Para facilitar el empleo de cantidades exactas en las herencias, proponemos esta cláusula en el avalúo de la liquidación de gananciales: “AVALUO. A) DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Suma el valor líquido de los bienes gananciales inventariados la cantidad de XXXXXX,45 €, de la que a cada cónyuge corresponde la mitad.

Para evitar las milésimas de euro se redondea al alza la participación en la sociedad conyugal de la cónyuge viuda, a XXXXXX,23 € y a la baja la participación correspondiente al causante, que queda en XXXXXX,22 €.

Academia Matritense del Notariado

(desde 1858)

CURSO ACADÉMICO 2022-2023



CICLO DE CONFERENCIAS

Octubre

INAUGURACIÓN

20/10/2022

Sr. D. Margaritis Schinas

Vicepresidente de la Comisión Europea

“La Unión Europea en tiempos de crisis: de la inocencia a la confianza”

Noviembre

10/11/2022

Sr. D. Íñigo Coello de Portugal Martínez del Peral

Letrado Mayor del Consejo de Estado

“Consideración financiera de la seguridad jurídica preventiva”

24/11/2022

Sr. D. José Manuel Benítez Bernabé

Notario de Soria

“Montes de socios. Análisis del problema y posibles soluciones”

Enero

12/01/2023

Sr. D. Ricardo Alonso García

Decano Facultad Derecho UCM

“La responsabilidad del legislador español por infracción del Derecho de la Unión Europea”

26/01/2023

Sr. D. Plácido Barrios Fernández

Notario de Alcalá de Henares

“Minorías y marginados en los protocolos notariales. Visión histórica”

Febrero

09/02/2023

Dr. D. Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal. Abogado penalista

“Necesaria reforma de las falsedades documentales”

23/02/2023

Prof. Dr. Julio Banacloche Palao

Catedrático de Derecho Procesal UCM

“Reflexiones sobre el art. 326 LEC”

Marzo

09/03/2023

Sr. D. Andrés M^a Urrutia Badiola

Notario de Bilbao

“Pactos Sucesorios”

23/03/2023

Sr. D. Ricardo Cabanas Trejo

Notario de Fuenlabrada

“La Ley de creación y crecimiento de empresas y otras recientes leyes conexas”

Abril

13/04/2023

Sr. D. Manuel Gonzalez-Meneses

Notario de Madrid

“Inteligencia Artificial y razonamiento jurídico”

27/04/2023

Sr. D. Fernando Aragón Amonárriz

Director General del Catastro

“De un Catastro Fiscal a un Catastro de Servicios”

Mayo

11/05/2023

Sr. D. Rafael Hinojosa Segovia

Profesor titular de Derecho Procesal UCM

“La proyectada reforma de la casación civil”



Conferencia dictada el 9 de marzo de 2023

Pactos sucesorios al alza

ANDRES URRUTIA BADIOLA

Notario de Bilbao



Parodiando un título literario conocido, se puede hablar de *La irresistible ascensión de los pactos sucesorios* que, históricamente realizados en capitulaciones matrimoniales, han llegado hoy a ser la expresión del acuerdo intergeneracional e intrafamiliar para la transmisión de un patrimonio que sus titulares desean encauzar para después de su muerte, máxime si existen familiares en situaciones de vulnerabilidad (discapacidades, enfermedades, etc.) a los que se desea atender en el marco familiar.

Los pactos sucesorios, históricamente realizados en capitulaciones matrimoniales, han llegado hoy a ser la expresión del acuerdo intergeneracional e intrafamiliar para la transmisión de un patrimonio que sus titulares desean encauzar para después de su muerte, máxime si existen familiares en situaciones de vulnerabilidad (discapacidades, enfermedades, etc.) a los que se desea atender en el marco familiar

 Los vídeos de las conferencias de esta sección pueden consultarse en el canal de YouTube del Colegio Notarial de Madrid y el texto íntegro será publicado en el Tomo XLII de los Anales de la Academia Matritense del Notariado.

Es precisamente la distinción entre los diferentes tipos de pactos sucesorios la que ha recogido, entre otras, la vigente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en adelante, LDCV) que ha venido a reconocer los tres tipos más característicos de los mismos, esto es, el pacto de institución de sucesor con efectos de presente o con efectos *post mortem* (art. 100.1 LDCV); el pacto de renuncia a los derechos sucesorios de una herencia o de parte de ella en vida del causante (art. 100.2 LDCV) y el pacto para disponer de los derechos sucesorios pertenecientes a la herencia de un tercero con consentimiento de este (art. 100.2 LDCV).

De dónde venimos

Es la imagen de un cuadro pintado por uno de los dos hermanos Zubiaurre, más concretamente por Valentín de Zubiaurre Aguirrezabal (Madrid, 1879-1963) y titulado *La notaría*, la que retrata de forma perfecta la escena de las capitulaciones matrimoniales, del pacto sucesorio, tal como se practicaba tradicionalmente en el País Vasco. Al fondo, en una colina, la iglesia y el árbol y en primer plano, el notario, con capa y sombrero. Lee la escritura a los padres y a los novios que en ese momento van a pasar a ser titulares, por pacto sucesorio en capitulaciones matrimoniales, del patrimonio familiar que luego ellos transmitirán a sus sucesores.

Si se observa el cuadro con atención, pronto resaltan una serie de detalles: los novios detrás, y delante de cada uno de ellos sus padres; en el caso del novio, solo su madre viuda (en ejercicio del poder testatorio o *alkarpoderoso* de su difunto esposo); en el de la novia, su padre y su madre. El atuendo y el ambiente sugieren en su integridad, el juego fundamental del pacto sucesorio, del contrato en vida que afecta al patrimonio y la combinación de las instituciones jurídicas, tales como el ya dicho *alkarpoderoso* o sucesión por comisario y la sucesión contractual.

Un último detalle a la hora de observar el cuadro es la presencia del notario, revestido de su autoridad (la capa, el

libro, la escritura) que está leyendo las capitulaciones matrimoniales, el pacto sucesorio, esto es, lo está configurando a través de su actuación profesional. Hay que resaltar, por tanto, el fuerte componente notarial en la formulación y en la aplicación tradicional de esta institución jurídica, lo que por encima de construcciones dogmáticas más o menos artificiales, ha facilitado el camino para su utilización social.

Los pactos sucesorios quedan así configurados como una clase de delación sucesoria, apta únicamente para cuestiones rurales, enraizada en una sociedad tradicional y sin visos de poder hacer frente a los crecientes procesos de industrialización que se producían en aquellos territorios con legislación civil propia y regulación de los pactos sucesorios (País Vasco, Cataluña...). He ahí el panorama existente en esta materia hasta prácticamente la segunda mitad del siglo XX, panorama que es necesario completar con la mención ya conocida del artículo 1271.2 del Código Civil, en vigor desde su redacción en la segunda edición (1889): *Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea*

practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056, cuya radical expresión de prohibición solo encuentra atenuación en el propio artículo o en el relativo a las promesas de mejorar o no mejorar de los artículos 826 y 827 CC, la donación de bienes presentes entre los futuros esposos por razón de matrimonio artículo 1341 CC o la facultad de mejorar al cónyuge en el artículo 831 CC, este último objeto de una reciente reforma en un sentido más permisivo hacia la institución de los pactos sucesorios.

¿Quid, quo modo para los pactos sucesorios de las legislaciones civiles territoriales hoy en día?

Cualquier muestra estadística sirve para verificar, siquiera sea parcialmente, que los parámetros de los pactos sucesorios en las legislaciones civiles territoriales se mantuvieron hasta hace unos años dentro de su regulación tradicional, ligada a la transmisión del patrimonio familiar y a la explotación unitaria del mismo.

Al mismo tiempo, el proceso de industrialización y de urbanización de ➡



la población española había seguido un ritmo imparable, sobre todo en los años sesenta y setenta del siglo pasado. El abandono de la agricultura trajo consigo la necesidad de replantearse este mecanismo de delación sucesoria que tenía que hacer frente a nuevas situaciones en los territorios donde seguía en vigor, aunque con un uso cada vez más reducido.

Las nuevas autonomías instauradas por la Constitución y, sobre todo, la nueva organización territorial del Estado era evidente que tuvieron su trascendencia en esta materia. Todas las comunidades autónomas con legislación civil propia desarrollaron con mayor o menor intensidad los pactos sucesorios, todas ellas los reconocieron como título sucesorio pleno y todas ellas han proyectado una nueva visión sobre esos pactos sucesorios que se corresponde con la concepción más reciente del Derecho de sucesiones como un ámbito destacado de la libertad civil y la planificación sucesoria.

Todas las comunidades autónomas con legislación civil propia desarrollaron con mayor o menor intensidad los pactos sucesorios, todas ellas los reconocieron como título sucesorio pleno y todas ellas han proyectado una nueva visión sobre esos pactos sucesorios que se corresponde con la concepción más reciente del Derecho de sucesiones como un ámbito destacado de la libertad civil y la planificación sucesoria

Ante la pluralidad de caracteres que configuran en las distintas legislaciones civiles territoriales los pactos sucesorios, un resumen de los elementos constitutivos de los mismos puede hacerse con estas referencias: a) La capacidad para su otorgamiento que en general se predica de los mayores de edad; b) Su carácter personalísimo; c) La forma en

la que se impone la escritura pública como instrumento de garantía adecuado para el tracto que suponen los pactos sucesorios; d) Sus modalidades, que además de las ya mencionadas al comienzo de esta exposición, recogen hoy formas singulares propias en las diferentes legislaciones; e) El estatus que resulta de los mismos, tanto para el instituyente como para el instituido, y las relaciones entre ambos; f) La responsabilidad por las deudas del instituyente en los pactos con efectos de presente o *post mortem*; g) Su interpretación e integración conforme a los usos y costumbres locales, o con carácter supletorio, por las normas generales sobre contratos y disposiciones testamentarias según la naturaleza de las estipulaciones; h) Su contenido, básicamente residenciado en torno a la designación de sucesor en los bienes, bien con carácter de presente, o bien con efectos *post mortem*; i) La incidencia dentro del tracto sucesorio de los derechos de transmisión, representación y sustitución hereditaria y j) Las causas de su posible modificación, revocación o resolución.

En los parámetros de esas nuevas regulaciones civiles territoriales está claro su deseo de superar los estrechos márgenes de la configuración tradicio-

nal de los pactos sucesorios y abrirlos a un modo de delación sucesoria adaptado a las exigencias de la sociedad actual, que permita una adecuada transmisión del patrimonio familiar, entendido no como un elemento de subsistencia únicamente, sino como un entorno construido en base al trabajo y al esfuerzo, que permite una continuidad y una protección de los miembros más desfavorecidos de la misma.

La legislación civil común y los pactos sucesorios

La apertura de la legislación civil común a la regulación de los pactos sucesorios como un título sucesorio implica una serie de condicionantes claves como son una reflexión seria sobre el sistema legitimario del Código Civil que, tal como hoy en día sigue configurado, es de difícil encaje con la institución de los pactos sucesorios; junto con la admisión de los pactos de renuncia a la legítima y los necesarios requisitos de forma notarial, capacidad jurídica y modificación de los pactos a la vista del cambio en las circunstancias familiares, sociales o de vida que causalizaron y motivaron el pacto. En suma, y es necesario subrayarlo, se ha de crear una *cultura* de los pactos sucesorios, con la decisiva aportación del Notariado.



Es necesario crear una cultura de los pactos sucesorios. El notariado es la vanguardia en la tarea de moldear los pactos sucesorios y adaptarlos a las nuevas necesidades sociales, demostrando su utilidad y beneficios

Las legislaciones civiles europeas, Francia, Italia, Alemania y la legislación de la Unión Europea, en especial la relativa al R (UE) 650/2012 van por ese camino ya que los pactos sucesorios presentan hoy un interés creciente y una crítica doctrinal cada vez más frecuente a su inadmisibilidad en términos generales por el Código Civil. Las legislaciones civiles territoriales, sin embargo, lo consideran como uno de los títulos sucesorios

clásicos, título que, con el transcurso de los años, ha resultado ser un instrumento muy interesante para la transmisión de los patrimonios familiares de diverso tipo, entre los que destaca junto con el patrimonio empresarial, la constitución de un patrimonio para la persona con discapacidad, bien por vía directa, con disposiciones a favor de la persona con discapacidad, bien por vía indirecta, a través del pacto sucesorio con otros familiares, persona encargada o entidad para el cuidado del discapacitado, todo ello combinado con un tratamiento fiscal adaptado a la naturaleza sustantiva del pacto sucesorio.

Y en esa labor, el ejercicio de la función notarial de asesoramiento y redacción de los pactos sucesorios es clave. Como ha ocurrido a lo largo de la historia en los territorios de legislación civil propia y como ocurre hoy en día, el notariado es la vanguardia en la tarea

de moldear los pactos sucesorios y adaptarlos a las nuevas necesidades sociales, demostrando su utilidad y beneficios. Esa tarea es doble, ya que como operador jurídico le corresponde estar, en el caso del Derecho privado en general y en el de los pactos sucesorios en particular, no solo en la *comunidad de intérpretes* de la ley, sino también en la *comunidad científica*, construyendo conceptos, interpretando normas y formulando teorías, que luego han de tener una aplicación práctica en su quehacer diario. No debe abandonar esta dualidad, sobre todo si quiere jugar, como siempre ha ocurrido, un papel decisivo en la *comunidad jurídica* en la que se mueve y ejerce su actividad.

En suma, los pactos sucesorios son una institución que, parafraseando una obra muy conocida en el mundo del euskera, supone *un pasado para nuestro futuro*. ●



Conferencia dictada el 23 de marzo de 2023

Inminente el otorgamiento y autorización *on line* de escrituras públicas

La Ley de digitalización permite además de la libre circulación efectiva de la copia autorizada electrónica, la posibilidad de otorgar también por videoconferencia actos y negocios jurídicos no societarios



El notario Ricardo Cabanas analizó en la Academia Matritense del Notariado las leyes vigentes y el entonces Proyecto de Ley de trasposición de Directivas, hoy ya en vigor, Ley 11/2023 (BOE 9 de mayo) para incentivar la actividad empresarial

Esta legislatura se ha marcado como objetivo incentivar la actividad empresarial mediante variadas medidas administrativas, laborales, mercantiles y fiscales. Destacan en ese sentido la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, y la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de empresas emergentes. También, el proyecto de ley que transpone varias Directivas de la UE, entre ellas la Directiva 2019/1151, de 20 de junio de 2019, respecto de la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de Sociedades, aunque el proyecto, yendo mucho más lejos, realmente formula una amplia propuesta de digitalización de las actuaciones notariales y registrales. En el momento de escribir estas líneas ya ha sido aprobado por el Senado y ha vuelto al Congreso, pero aún no ha concluido su tramitación. Por último, también hay que mencionar el anteproyecto de ley para la transposición de la otra Directiva 2019/2121, de 27 de diciembre, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, actualmente en trámite de información pública.

Obviamente, la conferencia no abordó todo lo que regulan esos textos, apenas los aspectos estrictamente societarios y más en concreto los que presentan mayor interés notarial. En particular, además de cuestiones relativas a la taxonomía societaria, por la incorporación de la nueva variante de la empresa emergente, o la muy mediática jibarización del capital social mínimo, la atención se centró en cuestiones referidas a la constitución telemática de sociedades, especialmente por cómo ha quedado el sistema después de la Ley 18/2022.

No obstante, con carácter previo, hubo que plantear hasta qué punto es imperativo el sistema de los arts. 15 y 16 de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, especialmente el segundo de ellos. Obviamente, no se puede imponer al interesado la presentación o la tramitación telemática, tampoco el sistema CIRCE, y mucho menos unos estatutos hiper-simplificados. Pero ¿y al notario? ¿tiene la obligación de seguir un determinado procedimiento, en ocasiones claramente lesivo para su retribución, si no hay indicación en contrario del interesado? Y si la hay ¿cómo ha de constar, para evitar la sospecha de que el interesado no fue debidamente informado de las ventajas del sistema abdicado?

Para colmo, al ser la rebaja arancelaria parte consustancial de las ventajas

asociadas a estos procedimientos, inevitablemente se ven sometidos a la interpretación estricta de sus condiciones de aplicación, como corresponde a cualquier rebaja de ese tipo. Pero con el agravante de que son dos los funcionarios afectados, uno de ellos situado al final del proceso (el registrador), en posición de ventaja para valorar, no solo las condiciones de su propia rebaja, también los restantes beneficios del sistema, entre ellos la exención de las tasas del BORME. La práctica enseña que la más mínima desviación del modelo o del formato ha servido de excusa para no aplicar estas reglas (p. ej., no haber empleado el formato *xml*), en ocasiones dejando en situación muy engorrosa al notario que previamente había actuado, pues, aunque él hubiera cobrado con la rebaja pertinente, el cliente le hacía después responsable del sobrecoste en el registro mercantil y en el BORME.

Tras pasar revista a cómo se ha implantado el sistema de tramitación telemática actualmente vigente, la conclusión fue que las dos variantes de aquellos artículos están limitadas al empleo del sistema CIRCE, muy especialmente la del art. 16, es decir, sin estatutos-tipo, a pesar de lo que se da a entender en la exposición de motivo de la ya -casi- ley de digitalización de actuaciones notariales y registrales. Esta circunstancia permite identificar



liminarmente, sin menoscabo alguno de la imparcialidad del notario, el deseo de los fundadores de renunciar a ese sistema y todos sus beneficios, pues el sistema se inicia en el punto de atención al emprendedor -en su caso, virtual- con el documento único electrónico, no en la notaría. Por ello, si directamente se acude al notario, en lugar del PAE, o solo se va a este para recabar información, o acometer algún trámite específico, pero sin iniciar el DUE, es porque los interesados optan por otro sistema de constitución, sin esas ventajas.


En todo caso, y como el sistema CIRCE no registra un empleo masivo, especialmente en la variante del art. 16, el legislador pretende revertir esa situación mediante la pedagogía, y por ello en la Ley 18/2022 ha insistido en la obligación de los notarios de informar sobre las ventajas del sistema CIRCE y en la disponibilidad de todos los notarios a través de la agenda electrónica notarial, sin que puedan rechazar ningún trámite de constitución iniciado a través de ese sistema y el DUE, con obligación de comunicar a CIRCE y el Consejo General del Notariado el motivo

del rechazo, “*de forma que resulte probada la notificación*”, pues no olvidemos que tiene trascendencia disciplinaria. Esa insistencia en la información y en la disponibilidad notarial sí que revela un propósito claro de forzar el compromiso de los notarios con el éxito del sistema CIRCE, como si el legislador no estuviera muy satisfecho con lo que ha sido hasta hoy, y por eso se confeccionarán listas reveladoras del grado de cumplimiento de cada notario.

Esta legislatura se ha marcado como objetivo incentivar la actividad empresarial mediante variadas medidas administrativas, laborales, mercantiles y fiscales

Sobre esta premisa, la Ley 18/2022 introduce cambios menores en el sistema de la Ley 14/2013, entre los que destacan la incorporación de la fórmula del consejo de administración a los estatutos tipo y el recorte abrupto del plazo

de inscripción definitiva en los supuestos del art. 16, pues pasa de quince a cinco días. También, la posibilidad de utilizar “*modelos simplificados de apoderamientos*” en formato estandarizado, que se deja pendiente de desarrollo reglamentario. Parece que se trata de poderes que otorga la misma sociedad, una vez constituida, que se inscribirían entonces por medio del DUE.

El proyecto de ley digitalización es mucho más ambicioso, destacando dos novedades de carácter general. La primera sería la posibilidad de una presentación telemática al margen de la notaría. En la actualidad las copias autorizadas electrónicas sólo pueden expedirse para su remisión a otro notario, un registro o un órgano de la Administración. En el futuro, esa misma copia se remitirá al interesado a través de la sede electrónica. El resultado es que una vez firmada por el notario con su firma electrónica cualificada, esa copia podrá circular por sí misma, sin mediación del notario, y hacerlo sin restricción, también para su presentación en el registro mercantil. En el texto que salió del Congreso se ha previsto, además, que el 

código seguro de verificación que el notario deberá insertar en la copia autorizada electrónica permitirá acceder con carácter permanente a la verificación de la autenticidad e integridad de dicha copia, así como conocer las notas ulteriores de modificación jurídica y de coordinación con otros instrumentos públicos.

La segunda novedad es absolutamente necesaria para cumplir con el procedimiento en línea de la Directiva. Se trata del otorgamiento y la autorización a través de videoconferencia como un cauce singular para el ejercicio de la función pública notarial en una amplia gama de actos y de negocios jurídicos, no solo societarios. Aparentemente, no se trata de un otorgamiento en soporte electrónico donde los interesados -otorgantes- deban suscribir el documento con su firma electrónica, sino de un otorgamiento a través de videoconferencia mediante comparecencia por ese medio en la sede electrónica notarial, a la cual el otorgante accede utilizando esos sistemas de identificación. La matriz del documento debería estar en papel con la sola firma del notario y, en su caso, de los otros otorgantes que sí estén presentes (otorgamiento mixto). Pero no es una matriz electrónica, sin perjuicio de su reflejo informático en el correspondiente protocolo electrónico. Es el consentimiento el que se presta por videoconferencia. No obstante, en el texto aprobado por el Congreso se añade que el notario autorizará el documento con su firma electrónica cualificada, pero en ningún lugar se indica que los otorgantes deban firmar de ese modo, solo que accederán a la aplicación utilizando esos sistemas. Habrá que esperar a su desarrollo.

Sobre esta base, ya es posible configurar un procedimiento de constitución en línea, es decir, sin presencia física ante notario. Solo la sociedad limitada, y solo cuando las aportaciones sean di-

nerarias, podrá ser constituida mediante un procedimiento íntegramente en línea. Con las mismas restricciones, se aplica a las demás operaciones inscribibles y las dirigidas al cumplimiento de obligaciones de la vida de dichas sociedades. Para cumplir con la Directiva el plazo de inscripción es esencial y para ello la Ley de Sociedades de Capital se servirá del plazo, y de las condiciones, de los arts. 15 y 16 Ley 14/2013, es decir, seis horas o cinco días. Pero, otra vez, habrá que determinar la relación de este sistema con CIRCE, es decir, si solo cabrá el otorgamiento mediante videoconferencia a través suyo. Aunque sea necesario incorporar el sistema a CIRCE, para satisfacer esas exigencias de plazo, tampoco se debería excluir un otorgamiento electrónico desde fuera del mismo, entonces con el plazo ordinario (salvo empresas emergentes). También se alude a un modelo de constitución con estatutos tipo, cuyo contenido se determinará reglamentariamente, aunque no queda muy claro qué ha de tener de especial este modelo, pues se trata de una sociedad limitada ordinaria, sin más especialidad que la intervención por videoconferencia de alguno de los otorgantes, pero se trata de dar cumplimiento a la Directiva que demanda la existencia de esos modelos.

Por último, se destacó la próxima interconexión del Registro Mercantil español con la plataforma central europea, y cómo a través de esta plataforma se podrá obtener gratuitamente información sobre una serie de indicaciones, entre ellos, por su importancia práctica, los datos de las personas que, como órgano o como miembros de tal órgano, estén autorizadas por la sociedad para representarla en las relaciones con terceros y en los procedimientos jurídicos, y si las personas autorizadas a representar a la sociedad pueden hacerlo por sí solas o deben actuar conjuntamente. * ●



El proyecto de ley de digitalización propone cambios en el sistema notarial y registral, permitiendo el otorgamiento y autorización a través de videoconferencia

* "La Ley fue publicada en el BOE del 9 de mayo, dándose una situación curiosa en relación con su vigencia. El art. 39, que es el que modifica la Ley de Sociedades de Capital, ha entrado en vigor el día siguiente al de su publicación, así que ya se ha traspuesto la Directiva. El problema es que el sistema de constitución en línea no será operativo hasta que se haya completado la ejecución de los cambios previstos en la legislación notarial por el art. 34, para lo cual hay un plazo de seis meses desde la publicación en el BOE (Disposición final decimoctava)".



José Iges
Concha Jerez
Pamen Pereira
Esther Ferrer
Los Torreznos
Isidoro Valcárcel
Isidro López-Aparicio

ESTUCHES DE PARADOJAS BANDA DE ARTE CONTEMPORÁNEO

Piezas de arte contemporáneo
escamoteadas en estuches
de una banda
de música

Del 17 de mayo al 2 de julio de 2023
Museo Cerralbo

Conferencia dictada el 13 de abril de 2023

¿Se puede aplicar la Inteligencia Artificial al razonamiento jurídico?

Manuel González-Meneses en su conferencia en la Academia Matritense argumentó con solvencia las dificultades técnicas para la aplicación de la I.A. al Derecho, que puede conllevar la sustitución del raciocinio por la estadística en la toma de decisiones jurídicas.



El objeto de esta conferencia es plantear la cuestión de si el extraordinario desarrollo de la tecnología de procesamiento del lenguaje natural al que estamos asistiendo, y de la que es un buen ejemplo el programa ChatGPT, nos sitúa ya en el umbral de la instauración del juez cibernético. ¿Se podrá encomendar pronto la tarea de aplicación del derecho y la decisión de cuestiones jurídicas a una inteligencia artificial (en adelante, IA), con lo esto conllevaría en términos de velocidad, precisión y reducción de costes?

No pretendo ocuparme al respecto de si resulta ética o moralmente aceptable que nos juzgue una máquina, sino de si es técnicamente posible que una máquina sea capaz de juzgar de una forma homologable a como lo hace un juez humano.

Lo primero que debemos saber es que en materia de IA se han seguido dos programas o líneas de investigación diferentes, que han dado lugar, de un lado, a lo que se conoce como IA simbólica, y de otro lado, a la IA subsimbólica, conexionista o de las redes neuronales artificiales.

La IA simbólica, que fue la primera línea que se exploró, lo que pretende es replicar con una máquina nuestros procesos mentales y, más en concreto, nuestras operaciones mentales conscientes, cuando pensamos o razonamos mediante representaciones lingüísticas o simbólicas de la realidad. Es propio de este enfoque lo que se conoce como la “metáfora computacional”: la idea de que la propia mente humana opera como un programa informático, ejecutado en nuestro caso mediante un hardware biológico. Siendo así, si nuestro cerebro es una especie de ordenador, sería lo más normal del mundo que las operaciones de nuestra mente se pudieran replicar mediante un programa informático ejecutado por un equipo electrónico.

El presupuesto clave de este proyecto es la posibilidad de “formalizar” el pensamiento humano, para convertirlo en una especie de cálculo formal susceptible de algoritmización (manipulación de cadenas de símbolos entendidos “tipográficamente” siguiendo unas reglas) y, como consecuencia de ello, de mecanización. De hecho, el primer programa informático de IA fue el *Logic Theorist*, presentado por Newell y Simon en la célebre conferencia de Dartmouth en el año 1956 en la que John McCarthy acuñó el término IA, y que era capaz de ejecutar operaciones de lógica formal o simbólica.

No obstante, este comienzo exitoso de la mecanización de operaciones de cómputo propias de “sistemas formales” cerrados como la aritmética, la lógica formal o el ajedrez, plantea el problema de que la inteligencia de verdad -y por



El presupuesto clave de este proyecto es la posibilidad de “formalizar” el pensamiento humano, para convertirlo en una especie de cálculo formal susceptible de algoritmización (manipulación de cadenas de símbolos entendidos “tipográficamente” siguiendo unas reglas) y, como consecuencia de ello, de mecanización

supuesto, la inteligencia jurídica requiere habérselas con el mundo y con otro tipo de problemas, y también requiere manejarse con el lenguaje natural y no sólo con lenguajes formalizados. Pronto, además, se hizo evidente que una IA razonadora pero sin ningún conocimiento del mundo, era bastante inútil. Surge así la idea de lo que se conocerá como “sistemas expertos”. De lo que se trata es de proporcionar al programa todo el conocimiento específico propio de una determinada parcela de la actividad humana para que pueda resolver cuestiones con la misma competencia que un experto humano, pero con las ventajas en velocidad, rigor y precisión que conlleva la automatización. Aparecen así sistemas expertos en diferentes ramas profesionales o empresariales: en el análisis químico, en el diagnóstico de determinadas enfermedades, en la ingeniería, en los negocios, y por supuesto, en el derecho. Esto supuso a su vez la creación de una nueva disciplina: la ingeniería del conocimiento. Porque no se trata de darle acceso a la máquina a una masa de datos en bruto, sino que esos datos deben estar ordenados y estructurados, de manera que se facilite su consulta y manejo, y también que haya árboles de decisiones que orienten al programa según los resultados que se vayan obteniendo. Se habla incluso de una “ingeniería ontológica”, porque toda la realidad de un determinado dominio tiene que ser catalogada, etiquetada, formalizada, para que pueda ser procesada por el programa correspondiente.

No obstante, la inteligencia de este tipo de sistemas no es más que la inteligencia de sus autores, de la información que se le ha suministrado al programa. Y, sobre todo, se plantea la siguiente cuestión: ¿cómo conseguir que un programa informático disponga de una información procesable simbólicamente sobre cómo funciona el mundo en general? Esto se conoce como el problema del marco o del contexto: la dificultad, para algunos incluso imposibilidad, de formalizar el contexto, de formalizar para que resulte computable toda la



¿Cómo conseguir que un programa informático disponga de una información procesable simbólicamente sobre cómo funciona el mundo en general? Esto se conoce como el problema del marco o del contexto: la dificultad, para algunos incluso imposibilidad, de formalizar el contexto, de formalizar para que resulte computable toda la compleja realidad del mundo

compleja realidad del mundo. A lo que se añade el problema de cómo someter a reglas el proceso de la innovación cognitiva, el proceso mediante el que se le ocurren a uno buenas ideas.

Estas dificultades intrínsecas al programa de la IA simbólica son las que se intentan superar con la IA subsimbólica, conexionista, o de la simulación de redes neuronales, que es la tecnología relacionada con el *machine learning* y el *deep learning*.

En este otro planteamiento están presentes tres ideas claves:

i) Se trata de replicar la estructura y funcionamiento del cerebro, tal y como este es descrito como órgano físico por los neurobiólogos. Lo que se intenta es simular -siempre mediante ordenadores- el funcionamiento de una red de neuronas físicas, creando, por supuesto, un modelo simplificado con dos o tres

capas de neuronas. Cada una de las neuronas o nodos tiene asignado un valor numérico como su umbral de activación y puede estar inactiva o activa según la suma del valor de los estímulos recibidos supere o no ese umbral. A su vez, cada una de las conexiones tiene asignado un valor numérico de intensidad. Sobre una estructura como esta se genera una entrada activando determinadas neuronas de la primera capa, que se va transmitiendo a las neuronas de las capas siguientes según las indicadas variables del valor asignado a cada conexión y al umbral de activación de cada neurona, dando lugar a una determinada salida en la última capa. Si la salida no es la esperada, el programador o el propio sistema realiza los oportunos ajustes en los valores de las conexiones y umbrales hasta que el resultado se va aproximando al deseado. ➡

Parece ser que este tipo de estructuras virtuales -que, aunque se hable de neuronas, no constituyen ningún objeto físico, sino más bien una peculiar estructura algorítmica para la computación de valores numéricos- son idóneas para detectar patrones o regularidades y se asemejan a la forma en que funciona nuestra percepción y cognición, que no opera de forma secuencial en una sola línea como la ejecución de un programa clásico de ordenador, sino en paralelo. Y este tipo de procesamiento distribuido en paralelo es lo que está permitiendo los extraordinarios avances que estamos presenciando en los últimos tiempos en campos tan complejos como el reconocimiento visual de objetos o el reconocimiento y generación del lenguaje natural (como es el caso del célebre ChatGPT).

ii) No se trata de incorporar de una vez a un dispositivo toda la inteligencia y el conocimiento de un ser humano adulto, en su caso, de un experto en una determinada materia como puede ser un jurista, sino más bien que un programa vaya evolucionando como un niño que desarrolla paulatinamente su conocimiento del mundo y su inteligencia. Por eso aquí ya no se habla de formalización del conocimiento, sino de “entrenamiento” de la máquina. Y este entrenamiento puede ser más o menos dirigido por un humano que, a la vista de las salidas que se van obteniendo, condiciona el proceso ajustando los umbrales y la potencia de las conexiones de activación o de inhibición en busca de una determinada respuesta.

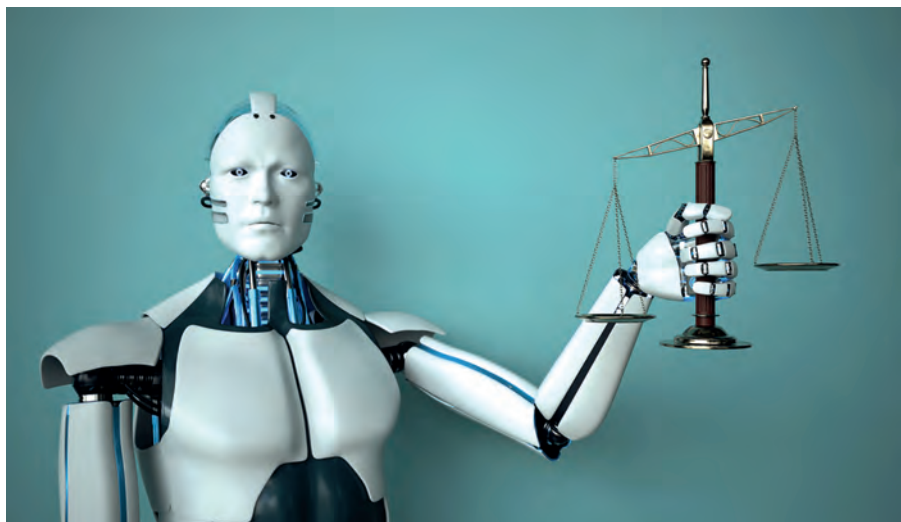
iii) Frente a la lógica de aplicación de normas o instrucciones generales a

los datos nuevos que recibe el sistema, lo que es propio de un programa o “código” informático, aquí propiamente no hay programa ni instrucciones: la forma de procesar la información reside en la propia estructura de la red, en las conexiones existentes entre los nodos, en los pesos o fuerzas relativas de los impulsos que transmite cada uno y en los umbrales específicos de activación de los diferentes nodos.

Pero, sobre todo, lo más característico de este modelo desde el punto de vista epistemológico o de teoría del conocimiento es el tratamiento estadístico y probabilístico de los problemas. No se trata de la aplicación de reglas, sino del descubrimiento de regularidades estadísticas que son la base de predicciones respecto de comportamientos futuros. Por eso precisamente, el desarrollo de esta modalidad de IA es algo vinculado al Big Data. Lo que alimenta estos sistemas es esa información

ingente sobre todo lo que hacemos y nos pasa que estamos continuamente generando en forma de datos digitalizados.

Así, la posible aplicación de este nuevo paradigma de IA al derecho viene de la mano, por un lado, de la aparición de un específico Big Data jurídico en forma de inmensas bases de datos digitales (leyes, reglamentos, resoluciones judiciales y administrativas); y por otro lado, de los avances en la tecnología de procesamiento del lenguaje natural. En la medida en que ese Big Data jurídico se compone casi en su totalidad de textos redactados en lenguaje natural, la capacidad de reconocer y “comprender” este lenguaje abre el campo para una IA específicamente jurídica basada en esta explosiva tecnología del machine learning y del deep learning, y suscita en muchos la idea de atribuir funciones no sólo instrumentales o auxiliares sino propiamente decisorias a estos sistemas de IA.



Este tipo de estructuras virtuales -que, aunque se hable de neuronas, no constituyen ningún objeto físico, sino más bien una peculiar estructura algorítmica para la computación de valores numéricos- son idóneas para detectar patrones o regularidades y se asemejan a la forma en que funciona nuestra percepción y cognición, que no opera de forma secuencial en una sola línea como la ejecución de un programa clásico de ordenador, sino en paralelo

En relación con la posible aplicación de esta tecnología al ámbito de las decisiones jurídicas, se suele decir que estos sistemas no son tan objetivos como se pretende, sino que reflejan los sesgos cognitivos propios de sus programadores o entrenadores, así como los que puedan estar presentes en esa masa de datos que se les ha suministrado para su entrenamiento. También se dice que es inherente a estos sistemas la idea de “caja negra”, el resultar completamente opaco e inescrutable para nosotros lo que sucede realmente en su interior. Y es que cuando se incrementa el número de neuronas, y sobre todo el número de capas, la complejidad del sistema crece exponencialmente. Y la propia máquina no puede dar razón de por qué decide una cosa y no otra. Este rasgo es consustancial a esta tecnología, precisamente porque no funciona ejecutando un programa o código escrito de antemano, que pueda ser interpretado por otro dispositivo o por un operario humano, sino que la información relativa a su forma de procesar los datos se encuentra implícita en la misma estructura de la red. Esto evidentemente supone un problema desde el punto de vista de la transparencia, de la *accountability* o auditabilidad de los procesos jurídicos y en último término para la legitimidad de las decisiones jurídicas en el marco de un régimen democrático y de un Estado de Derecho.

Pero el problema desde el punto de vista jurídico aún es más profundo, tiene que ver con el propio concepto y naturaleza del derecho. Si atribuimos la facultad de decidir las cuestiones jurídicas a un sistema basado en este tipo de tecnología, lo que sucede es que sustituimos el derecho por la estadística. Este enfoque estadístico puede ser admisible en el ámbito de las ciencias de la naturaleza, donde un incremento de la capacidad predictiva con ayuda de herramientas tecnológicas siempre ha de ser bienvenido. Pero en el ámbito de las relaciones humanas y sociales, este enfoque estadístico nos lleva al conductismo y a vaciar de sentido la empresa jurídica. Confunde el derecho



con la sociología jurídica, que es lo propio de lo que se conoce como “realismo jurídico”, una concepción del derecho como ciencia de la predicción de la conducta de los jueces. Para la actuación puramente estratégica de un abogado o de los asesores legales de una empresa puede ser muy útil el auxilio de este tipo de herramientas que, partiendo del análisis de una masa de antecedentes judiciales, pueden hacer predicciones fiables sobre la decisión que puede llegar a tomar un determinado tribunal. Pero este enfoque -una predicción sobre la probabilidad de su decisión- no le sirve al propio juez que, comprometido con la causa del derecho, busca en conciencia la solución más correcta para el concreto caso que tiene planteado, lo que podría exigirle incluso apartarse de todos los antecedentes anteriores. Precisamente, lo que hace una red neuronal artificial es proyectar sobre el futuro las mismas regularidades observadas en el pasado, lo que supone en el fondo una forma de involución intelectual, un repetir siempre lo ya decidido. ¿Es esta la concepción y la práctica del derecho a la que aspiramos? ●

Lo más característico de este modelo desde el punto de vista epistemológico o de teoría del conocimiento es el tratamiento estadístico y probabilístico de los problemas. No se trata de la aplicación de reglas, sino del descubrimiento de regularidades estadísticas que son la base de predicciones respecto de comportamientos futuros

La propia máquina no puede dar razón de por qué decide una cosa y no otra. Este rasgo es consustancial a esta tecnología, precisamente porque no funciona ejecutando un programa o código escrito de antemano, que pueda ser interpretado por otro dispositivo o por un operario humano, sino que la información relativa a su forma de procesar los datos se encuentra implícita en la misma estructura de la red



El telefax posmoderno



Javier Manrique Plaza
Notario de Jerez de la
Frontera (Cádiz)

La Resolución DGSJ y FP de 6 de febrero de 2023 (BOE número 53, de 3 de marzo de 2023) trata un tema aparentemente inocuo pero que no es baladí. Un notario solicita la información registral continuada regulada en el artículo 175 del Reglamento Notarial por correo electrónico; la Registradora de la Propiedad deniega la expedición y la Dirección General confirma su criterio desestimando el recurso interpuesto por el notario.

Los argumentos para rechazar la utilización del **correo electrónico** son

muy simplistas: se considera necesario asegurar la identidad del remitente antes de abrir el mensaje para evitar ataques a través de correo electrónico ya que, al parecer, es muy fácil enviar un correo con remitente falso, pues nunca existe certeza que la persona que lo con la que nos comunicamos vía e-mail sea quien dice ser, salvo que se utilicen mecanismos de firma electrónica de correos no solo de los ficheros adjuntos. Además, cualquier información sensible confidencial y protegida que permanezca almacenada en el servidor de correo podría ser accedida por un atacante lo que aconseja su borrado con lo que no se cumplirían las exigencias de conservación o debería almacenarse este junto con el correo electrónico del solicitante en otro repositorio.

Finalmente se asegura rotundamente que hay que limitar determinadas herramientas, por ejemplo, desactivar la visualización HTML, para evitar para evitar que un código malicioso se ejecute a través del correo electrónico por cuya vía pueden llegar a amenazas en forma de malware y ataques como el phishing.

A continuación, establece los requisitos que debía tener el correo electrónico para que pudiera considerarse seguro y adecuado para recibir la información registral, siendo preciso para ello que se utilicen sistemas que extremen la seguridad de los servidores depositarios de la información y que impidan ceder involuntariamente el uso de la cuenta de correo, provocar una suplantación de identidad y el acceso a información confidencial. Para ello entiende necesario la elección de un correo profesional que

se utilice solo y exclusivamente a efectos determinados y excluya la elección de cualquier otro correo, aunque éste sea corporativo, debiendo utilizarse mecanismos de cifrado de información, advirtiéndose que, aunque se utilice, en este caso, un correo corporativo para la emisión de la solicitud no implica que sea un correo designado solo a efectos específicamente determinados y excluya la elección de cualquier otro correo y tampoco el hecho de la identificación del remitente impide la posibilidad de acceso y manipulación de su contenido. Por tanto, ante la falta de desarrollo normativo sobre la forma y requisitos de un correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal aconseja continuar con el sistema actualmente establecido. El comentario de la Resolución en la conocida web Notarios y Registradores concluye que es “clara consecuencia de la responsabilidad que para el registrador supone la

Resulta difícil admitir que una herramienta de comunicación de uso universal como el correo electrónico no pueda utilizarse para la solicitud y envío de la información registral

emisión de la información continuada, de tal forma que es el responsable de la remisión de la nota; por ello y por la trascendencia que tiene para el tráfico jurídico y económico deberá comprobar que la nota ha sido remitida correctamente, así como la hora en la que ha sido remitida lo que no es posible mediante el uso del correo electrónico” afirmando que “si se admitiera el correo electrónico, debería ser por medio de un sistema que permitiera el sellado temporal y el acuse instantáneo de la recepción,

aparte de otros medios de seguridad que se consideren necesarios”.

Resulta difícil admitir que una herramienta de comunicación de uso universal como el correo electrónico no pueda utilizarse para la solicitud y envío de la información registral. Hoy en el tráfico jurídico y las relaciones profesionales y en las oficiales entre los ciudadanos y la administración se utiliza con profusión este medio sin que ello plantee problemas. Por otro lado, la elección de un correo profesional o corporativo no aparece como exigencia en la ley, que se limita a afirmar que la información se podrá solicitar por telefax o cualquier otro medio, ni lo es de la seguridad informática que podrá también obtenerse por otras vías de defensa de los sistemas en su acceso, como las múltiples medidas de seguridad existentes sobradamente conocidas. Además, en realidad, como dijo Jorge Cadórniga¹ el requisito de la firma digital no sería en modo alguno exigible pues el artículo 175 del Reglamento Notarial dispone que la solicitud se remita simplemente con el sello y por cualquier procedimiento.

Cada notario y cada registrador tienen una única cuenta de correo corporativo, como resulta de lo dispuesto en la disposición transitoria 20ª de la ley 24/2001 y en el caso de los notarios en el Acuerdo del Consejo General del Notariado 19 de enero de 2002, que será objeto de publicación en un directorio electrónico a cargo de aquellos (CGN y CORPME) que garantizará cuál es la cuenta de cada uno. Obviamente esto permite, sin lugar a dudas, garantizar la identidad del remitente (antes de abrir el mensaje) sin que de su uso pueda colegirse necesariamente un ciberataque al sistema informático del Registro de la Propiedad, que, por otro lado, tendrá implementadas, como cualquier sistema informático corporativo, medidas de seguridad de la más alta eficiencia que impidan las intrusiones y teniendo en ➡

La Resolución, sin embargo, defiende el telefax como único medio para solicitar la información rechazando el correo electrónico como alternativa

RESUMEN

La Resolución DGFP y SJP de 6 de febrero de 2023 rechaza la posibilidad de solicitud de información registral por el Notario a través de correo electrónico estableciendo como único sistema posible el obsoleto y excepcional telefax haciendo caso omiso de la situación actual de la tecnología informática y sin tener en cuenta la reciente Ley 11/2023 de digitalización de actuaciones notariales y registrales. La propuesta sería admitir las peticiones por correo electrónico con requisitos suficientes de seguridad, sin olvidar la posibilidad de solicitud telemática de modo directo por el sistema de interconexión Notarías-Registros y la implementación del anhelado acceso directo al Registro por los Notarios, en espera desde el año 2001/2005.

Palabras clave

Telefax, Correo electrónico, Acceso directo.

¹ CADORNIGA DIAZ, Jorge. La solicitud “preventiva” de información registral continuada. www.notariosyregistradores.com 19 de julio de 2009

cuenta que estaría firmado electrónicamente tanto el fichero adjunto como el propio correo electrónico. No parecen muy comprensibles, pues, las exigencias de borrado o colocación en otro repositorio de los mensajes ya que partimos de la base de la existencia de medidas de seguridad previas en el sistema de firma electrónica y consiguiente encriptación de los correos y sus archivos adjuntos. No olvidemos además que la Resolución DGRN de 12 de noviembre de 1999, reproducida literalmente en la Resolución Circular de 26 de abril de 2000, reconocía expresamente que se permite al notario remitir su solicitud mediante correo electrónico y firmar la misma por el procedimiento de firma digital y también que el Registrador podrá contestar a tal solicitud mediante documento firmado electrónicamente. Por cierto, ambas son obviadas y no están citadas en la resolución que comentamos.

En conclusión, a nuestro juicio, la solicitud de información registral ex artículo 175 Reglamento Notarial debía entenderse plenamente válida realizada por correo electrónico corporativo del notario con firma electrónica cualificada tanto del correo como de la petición adjunta como parece que se realiza en el supuesto de hecho de la petición a la que se refiere la resolución, sin sea comprensible exigir mayores requisitos de seguridad para el correo electrónico que para el telefax.

La Resolución, sin embargo, defiende el telefax como único medio para solicitar la información rechazando el correo electrónico como alternativa. Para ello realiza una encendida defensa del telefax un procedimiento de hace cuarenta años, momento en el que “era la tecnología puntera de transmisión de datos y documentos a través de la red telefónica monitoreada bajo estrictos protocolos de seguridad, de tal modo que la información se envía de punto a punto encriptada sin atravesar dominios públicos abiertos no seguros, servidores, y agentes de phishing; no es atacable por

Estamos, por lo visto, ante el telefax posmoderno que ha superado la modernidad que representó en los años 80

virus...la señal no se puede decodificar...” con la gran ventaja que del telefax “siempre obtiene una notificación cuando se recibe una comunicación por telefax.” Solo le ve una desventaja y es, nada menos, que no puede acreditar la hora exacta de la recepción. Continúa argumentando que el artículo 354 a) del Reglamento Hipotecario regula minuciosamente el procedimiento y que dicho artículo (introducido por el Real Decreto 2537/1994 de 29 de diciembre) conserva su redacción hasta la actualidad; olvida que ésta regulación, lo mismo que el envío por telefax es excepcional y supletoria, aplicable exclusivamente cuando se utilice este procedimiento, en los supuestos de imposibilidad técnica para el acceso directo a los libros del Registro, sin que ello quiera decir que su aplicación sea general o universal.

Estamos, por lo visto, ante el telefax posmoderno que ha superado la modernidad que representó en los años 80. Pero la situación no creemos que sea

También sería muy sencillo establecer la posibilidad de solicitar la información registral a través del sistema de interconexión seguro actualmente existente entre notarios y registros para las presentaciones telemáticas

esta; basta acceder a la red para encontrar cientos de entradas calificándolo de tecnología obsoleta cuya seguridad es fácilmente trucable sin que pueda garantizar la realidad de la recepción ni la hora exacta, más cuando actualmente el propio telefax, como artefacto ofimático, prácticamente ha desaparecido siendo sustituido de forma casi general por dispositivos de módem fax integrados en redes informáticas a través de ordenadores e impresoras en red lo que les hace mucho más vulnerable a ataques externos. Así lo ponía de manifiesto Jorge Cadórniga hace unos años.²

Cuando el notario solicita una nota por correo electrónico (y no por telefax), no es por capricho o por comodidad, normalmente es porque el sistema del telefax no funciona correctamente no hay forma de obtener la información registral por este procedimiento normalmente por la inestabilidad de los actuales aparatos instalados con las líneas telefónicas digitales cuando están diseñados para líneas analógicas hoy desaparecidas prácticamente. ¿Qué podrá hacer el notario, pues, cuando sea imposible obtener la información registral por telefax? ¿Cuál sea cualquier otro medio, al que se refiere la Ley? Parece razonable que, con las garantías señaladas, pueda admitirse la solicitud por correo electrónico y así evitar un callejón sin salida. Sin embargo, como hemos dicho, la resolución se instala en la idea de admitir solo y exclusivamente el telefax y rechazar el correo electrónico, aun cuando cumpla los parámetros de seguridad que enuncia alegando falta de desarrollo reglamentario.

La solución es muy fácil; bastaría una simple Circular de la DG estableciendo los requisitos de seguridad del correo electrónico para que este se pudiera utilizar con las indudables ventajas que supone de facilidad, agilidad y calidad sobre el obsoleto telefax procedimiento inseguro, poco fiable y con poca calidad de resolución que plantea problemas incluso en la incorporación

² CADORNIGA DIAZ, Jorge. Seguridad jurídica sin red ¿Todavía con fax? Alternativas al incumplimiento registral. El Notario del siglo XXI. Número 56. Julio 2014.



No olvidemos que lo que está ordenado desde las leyes 24 de 2001 y 2005 es el acceso directo del notario al Registro de la Propiedad sin intermediación del registrador

de los testimonios de la información registral a las escrituras que, muchas veces, resultan ilegibles.

También sería muy sencillo establecer la posibilidad de solicitar la información registral a través del sistema de interconexión seguro actualmente existente entre notarios y registros para las presentaciones telemáticas. Es, desde luego, un contrasentido que los usuarios puedan solicitar y obtener información registral de forma telemática a través de la sede electrónica del CORPME y los notarios nos veamos obligados a realizarlo mediante telefax, un sistema que tiene los días contados.

Pero ésta solución, que resolvería la cuestión planteada, no sería sino un parche más en el sistema pues no olvidemos que lo que está ordenado desde las leyes 24 de 2001 y 2005 es el **acceso directo** del notario al Registro de la Propiedad sin intermediación del registrador regulado en el artículo 222.10 de la Ley Hipotecaria y al que se refiere el artículo 175.2 del Reglamento Notarial que dispone que **excepcionalmente** y

en supuestos de imposibilidad técnica podrá efectuarse mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento incluido el **telefax** y así lo ponía de manifiesto en aquel momento Alfonso Madrideojos³ y yo mismo⁴.

Actualmente la Ley 11/2023 de 8 de mayo de digitalización de actuaciones notariales registrales (BOE número 110 de 9 de mayo de 2023) introduce un nuevo párrafo en el artículo 222.2 de la Ley Hipotecaria en el que ordena que la publicidad registral se emitirá siempre en formato electrónico (aunque la vigencia de este precepto está aplazada un año). Esperemos que al implementarse los medios digitales por mandato de esta ley se contemple la posibilidad esperada desde los años 2001 y 2005 del acceso telemático directo y la emisión de la información registral en formato y soporte electrónico que expulsaría el telefax definitivamente del sistema. Quizás habría que recordar aquí la frase del Conde de Romanones “Hagan ustedes las leyes y déjenme los reglamentos”. ●

ABSTRACT

According to the Ruling by the General Directorate of Legal Security and Notarial Attestation of 6 February 2023, notaries may not request information from the registry by e-mail, and the only possible system for doing so is the obsolete and rarely used fax. This ignores the current state of information technology, and fails to take into account the recent Law 11/2023 on the digitalisation of notarial and registry services. It should be possible to accept requests by e-mail made with sufficient security safeguards, without overlooking the possibility of direct remote requests through the Notaries-Registers interconnection system and the implementation of the long-awaited direct access to the Register for Notaries, which has been an outstanding issue since 2001/2005.

Keywords

Fax, E-mail, Direct access.

³ MADRIDEJOS FERNANDEZ, Alfonso. “La conexión telemática entre Notarías y Registros”. El Notario del Siglo XXI. Número 5. Enero-Febrero 2006. “Acceso directo a los libros del registro”. Revista Notario Siglo XXI, número 30 (Marzo-Abril 2010).

⁴ MANRIQUE PLAZA, Javier. “El Notario y el acceso telemático a los registros”. Revista Notario Siglo XXI, número 20 (Julio-Agosto 2008).

Un pacto sucesorio olvidado pero potencialmente muy útil: la promesa de mejorar o no mejorar del art. 826 CC



Fernando Gomá Lanzón
Notario de Madrid

Dentro del venerable Código Civil, vigente desde hace 134 años, hay mucha variedad en cuanto a la vigencia, utilidad y actualidad de sus preceptos.

Así, hay algunos prácticamente en desuso, y con razón, como son de las precauciones que hay que adoptar cuando la viuda queda encinta, o el extenso apartado dedicado a los diversos tipos de censos.

Por su parte, en el caso del mundo rural, se llega a un grado de detalle muy llamativo en la regulación de los diversos supuestos: el legislador se aviene regular el usufructo sobre un rebaño o una piara de ganados, la ganancialidad de las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges o la exclusión de la compraventa de los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Todo ello por ser reflejo del país esencialmente rural que era la España de entonces. Como dijo Federico de Castro, el CC “huele a campo”.

Y también hay instituciones que están claramente reguladas en el CC, pero

que han sido olvidadas en la práctica, cuando podrían tener mucha utilidad en la actualidad. Esto se da especialmente dentro de los más de 400 artículos que el Código Civil dedica al derecho de sucesiones. Tal ocurre con la llamada promesa de mejorar o no mejorar, regulada en el artículo 826 (texto original de 1889 y no modificado hasta ahora):

Artículo 826. La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.

La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto.

Un artículo breve, en apariencia no demasiado trascendente, y sin embargo contiene una excepción absolutamente extraordinaria y única a la regla general del artículo 1271.2, que prohíbe los pactos sucesorios: *Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.*

Esta prohibición de pactar se insiste y remacha en otros artículos, como el 816 que dice que *toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.*

El Código Civil prohíbe los pactos sucesorios, con una única y llamativa excepción: la promesa de mejorar y no mejorar, regulada en el breve artículo 826 CC

Esta promesa puede decirse que en la práctica es inexistente, como si careciera por completo de utilidad. Y, sin embargo, puede serlo, y mucho, en la actualidad, en la que con frecuencia hay familias con hijos comunes e hijos de anteriores relaciones



O, en donaciones, cuando se impide a los legitimarios renunciar anticipadamente, en vida del donante, a la computación de donaciones a efectos de calcular su legítima (655).

O con la prohibición expresa del testamento mancomunado, en la medida que supone un pacto sucesorio entre los cónyuges respecto de las cláusulas comunes (669).

Pero el 826 sí recoge un verdadero pacto sucesorio, el único de nuestro Código Civil, puesto que se refiere a cuestiones hereditarias que producen efecto en vida del causante, y que, además, éste no puede revocar por testamento, sino que tiene que estar a lo pactado.

Lo cierto es que este pacto puede decirse que en la práctica es inexistente, como si careciera por completo de utilidad. Y, sin embargo, puede serlo, y mucho, en la actualidad, puesto que del matrimonio inseparable con hijos comunes, propio de la época del Código Civil, y en el que este tipo de promesas no tienen mucha razón de ser, se ha pasado a

una realidad en el siglo XXI en la que hay muy frecuentemente dos o más matrimonios, con hijos de varias relaciones que confluyen en un nuevo matrimonio de los respectivos padres.

Y ello tanto en situaciones de crisis matrimonial como en el caso contrario, que se vaya a contraer matrimonio y existan o puedan existir a la vez hijos comunes y no comunes.

Así, por ejemplo:

Matrimonio con hijos anteriores por parte de uno o de los dos contrayentes: Una pareja que se va a casar, o ya se ha casado, teniendo uno de ellos o los dos hijos de anteriores relaciones, y que pactan en capitulaciones matrimoniales que no van a mejorar a los hijos anteriores respecto de los que tengan comunes en su relación. Es una forma de asegurarse de que los hijos comunes que tengan ya, o que puedan tener en el futuro, no vayan a ser de peor condición en la herencia que los hijos que proceden de otras relaciones respectivas. ➡

RESUMEN

El Código Civil español vigente desde hace 134 años contiene preceptos en desuso y otros que podrían tener mucha utilidad en la actualidad. Uno de estos es la promesa de mejorar o no mejorar regulada en el artículo 826, que es una excepción única a la prohibición general de los pactos sucesorios, por lo que es irrevocable sin mutuo acuerdo de las partes. Este pacto puede ser útil en la actualidad en situaciones de matrimonios con hijos de relaciones anteriores, ya sea para asegurar que los hijos comunes no sean de peor condición en la herencia que los hijos de otras relaciones o para mejorar a los hijos comunes. O también en caso de divorcio, y como parte del convenio regulador, para mejorar de manera definitiva a los hijos comunes.

Palabras clave

Código Civil, Pactos sucesorios, Promesa de mejorar o no mejorar.

En el mismo caso anterior, pueden pactar mejorar a los hijos comunes que tengan, o que puedan tener en el futuro, en el porcentaje de la herencia que se especifique, respetando obviamente los derechos legitimarios de los demás.

Matrimonio que se va a divorciar con hijos comunes: pueden pactar, habitualmente como parte del convenio de divorcio aunque siempre en escritura de capitulaciones, que los hijos comunes queden mejorados respecto de los que puedan cada uno de los padres tener en el futuro con otras relaciones. Es, de nuevo, una forma de asegurarse para los hijos un porcentaje cierto en la herencia de uno, o los dos progenitores. En cierto sentido, comparte razón de ser con la pensión alimenticia que se pacta en el convenio de divorcio para los hijos: acordar para ellos determinadas prestaciones económicas.

Es obligatorio formalizarlas en capitulaciones matrimoniales, por lo que el notario deberá esmerarse en definir las múltiples cuestiones que pueden surgir en cada caso

Por su parte, el artículo 827 del Código, completa la regulación, diciendo: *La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero.* Reitera que la mejora en capitulaciones no es revocable, es un pacto sucesorio, obligatorio y que se impone a lo dispuesto en el testamento de los que lo han otorgado. Dentro del Código Civil es, desde luego, una rarísima avis, porque es el único caso en el que se permite este exceso, pero son artículos como todos los demás, y perfectamente aplicables y exigibles.

La mención al contrato oneroso celebrado con un tercero remite a un

supuesto casi de laboratorio, la doctrina pone como ejemplo el muy improbable caso ejemplo de que dos consuegros (con hijos casados entre sí) pacten un negocio oneroso, en el que la prestación de uno de los dos fuera la promesa de ese padre de mejorar a su hijo, el cual está casado con el del otro contratante.

Existe muy escasa jurisprudencia y doctrina acerca de esta figura, en consonancia con su ausencia de utilización, pero sí podemos apuntar lo siguiente:

La promesa de mejorar o no mejorar solamente puede referirse a los que legalmente son aptos para recibir este beneficio, es decir, los descendientes.

Este pacto solamente se puede modificar o anular conforme al artículo 1331 CC, es decir, con el concurso de sus otorgantes.

Si son otorgadas antes del matrimonio, quedan sin efecto si el matrimonio no se celebra dentro del año siguiente (1334 CC).

La promesa de mejorar puede referirse a hijos ya nacidos, concebidos e incluso concepturus.

La promesa de mejorar debe entenderse en sentido amplio, pudiendo incluir el tercio de libre disposición (STS 14 de noviembre de 1958). Esto es muy importante, porque se puede pactar en capitulaciones, insisto, irrevocables unilateralmente, que los hijos comunes se lleven toda la herencia salvo la legítima estricta de los otros posibles hijos de los contratantes.

En mi opinión, también debe considerarse una promesa de mejorar el establecer en capitulaciones matrimoniales que la donación que se haya hecho por parte de algún padre a un hijo común tenga el carácter irrevocable de no colacionable –es decir, mejora- sin que se pueda posteriormente alterar dicha condición por vía testamentaria.

Siendo una figura tan especial, será muy conveniente en las capitulaciones –y esto es labor esencial del notario autorizante- fijar exactamente todos los aspectos de la misma: porcentaje de mejora, transmisibilidad a descendientes del mejorado, causas de ineficacia o condiciones impuestas, en su caso, etc. ●



ABSTRACT

The Spanish Civil Code, which has been in force for 134 years, contains some provisions that have fallen into disuse, and others that could be very useful today. One of these is the promise to make or not to make a betterment, which is regulated by article 826 and is a unique exception to the general prohibition on inheritance covenants, meaning it is irrevocable without the mutual agreement of the parties. This covenant can be useful today in situations of marriages with children from previous relationships, either to ensure that the children in common are not in a worse situation on in terms of inheritance than children from other relationships, or for the betterment of children in common. It can also be used in cases of divorce, and as part of the regulatory agreement, for the definitive betterment of children in common.

Keywords

Civil Code, Inheritance covenants, Promise to make or not to make a betterment.

MAYTE CARRASCO



OLGA MARTÍNEZ
CARLOS ZANIN



Un documental de



y **MIOGROUP**



**Incluye a ACNUR en tu testamento
y tu solidaridad vivirá para siempre.**

Infórmate sin compromiso en tuayudacontinura.org o en el 900 900 532



¿Qué le pasa a la Dirección General con la separación de hecho?



Carlos Pérez Ramos
Notario de Madrid

Recientemente la DGSJFP ha tratado un tema de interesante trascendencia práctica. El mismo ha sido tratado en un brillante artículo por en el número anterior de la revista, en estas líneas intentaré aportar alguna idea. Se pretendía la inscripción de una partición otorgada por todos los herederos sin la intervención del cónyuge viudo basándose en que en el testamento se indicaba que los esposos se hallaban separados de hecho.

El registrador deniega la inscripción exigiendo que la viuda concurra a la partición, y el notario recurre a la DG¹ que resuelve en su **Resolución de 24 de enero de 2023**, confirmando la calificación del registrador que había dispuesto que era “*preciso que la separación de hecho entre los cónyuges conste, fehacientemente, al tiempo de la muerte*”, con lo que parece exigir la concurrencia de dos requisitos: el que la separación de hecho conste *fehacientemente* y que esa situación se mantenga *al tiempo de la muerte*, esto es que no haya concurrido reconciliación.

Vamos a analizarlos²:

Que la separación de hecho concurra al tiempo del fallecimiento del causante: Tienen razón el registrador y la DG cuando exigen que la separación de hecho debe concurrir al tiempo del fallecimiento del causante, pero no la tienen en exigir que esta circunstancia deba acreditarse por los herederos, por la misma razón, que como dice el notario recurrente no se debe acreditar que tras otorgar el testamento acontecieron circunstancias que afectaron al mismo, como que el testador no ha tenido más hijos con derecho a legítima, o que el causante y el desheredado a la muerte del primero se habían reconciliado, sino que al contrario se presume que es cierto lo dicho en testamento.

Que la separación de hecho conste fehacientemente: Nos dice la DG “que existiendo un llamamiento legal al cónyuge viudo por su legítima, habrá que probar la razón por la que el mismo no tiene efectividad (cfr. la Resol 5-6-18)”. Pero esta premisa se está cumpliendo en el caso que analizamos puesto que a través de lo declarado por el testador se está demostrando el motivo porque no tiene efectividad.

Es cierto, se me dirá, que lo declarado por el testador en el testamento

puede que no sea verdad, pero no estamos dilucidando lo que es o no verdad -para ello habría que acudir a un procedimiento judicial con su correspondiente fase probatoria- sino lo que a los efectos del tráfico *se puede presumir que es verdad* por el mero hecho de declararse en testamento (sin perjuicio que si no lo fuera podrá ser contradicho en vía judicial). Es decir, la clave no es si debemos tener la certidumbre absoluta de que los cónyuges se encontraban separados de hecho, sino si la misma pueda presumirse *por el hecho de haberse reconocido por el causante en su testamento*.

En el fondo, lo que estamos debatiendo es si debemos presumir, salvo evidencia en contrario, que lo que dice el testamento es cierto, o debemos poner en duda lo declarado por el testador. Al respecto, la Resolución de 24 de enero de 2023 resuelve que “si se tuviera que pasar, aun provisionalmente, por la mera declaración del testador o de los herederos sobre la situación de separación de hecho del cónyuge viudo, quedaría reducida su posición respecto de la que el propio legislador le atribuye al calificarlo como heredero forzoso”; con lo que se está inclinando por no admitir, ni provisionalmente, lo declarado en testamento cuando lo mismo afecte a un legítimo.

¹ El recurrente es el notario Alberto Blanco Pulleiro y el Registrador cuya calificación se recurre es Javier Gómez Galligo, que fue Director General de los Registros y del Notariado. Se da la circunstancia que ambos se conocen bien puesto que Alberto Blanco además de Notario es Registrador de la Propiedad aprobando con el número uno de su promoción en la oposición de 2012 (con la escandalosa nota de tres 20) en la que el Presidente del Tribunal era Javier Gómez Galligo.

² En el número anterior de esta Revista se ha tratado el mismo tema de forma brillante por Fernando Martínez Segura.

No obstante, al llegar a esta conclusión la DG no está siendo coherente con lo que ha manifestado otras veces.

Así, de un lado, declaró solemnemente, en su Resolución de 1 septiembre de 2016 que “cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legítimos, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima”.

Y del otro, es diametralmente opuesto a lo que resulta de tres Resoluciones del Sistema Notarial (17 de febrero de 2014, 24 de noviembre de 2016, y 16 junio 2020)³ en las que la DG asevera que “la separación de hecho, como circunstancia fáctica, tendrá relevancia en tanto no sea contradicha. Y, así, podrá ser alegada por el heredero para denegar la legítima, en su caso, al cónyuge separado”⁴.

Pero, sobre todo, la postura que adopta la Resolución de 24 de enero de 2023, es -como brillantemente destaca el notario recurrente- claramente contraria a la doctrina de la propia DG para los casos de desheredación, en los que no exige que el desheredado deba con-

La separación de hecho debe concurrir al tiempo del fallecimiento del causante, pero no se debe exigir que esta circunstancia deba acreditarse por los herederos



currir a la escritura de partición para confirmar que la desheredación estaba bien hecha.

Pues bien, la DG para justificar la contradicción que su postura sobre la prueba de la separación de hecho supone frente a la doctrina que mantiene para la desheredación simplemente alega que, “en un caso como el presente, no se trata de la *ineficacia del título de la sucesión* sino de garantizar al legitimario que no ha sido desheredado la «pars bonorum» en que consiste su legítima, por lo que como cotitular del activo hereditario debe intervenir en la determinación y adjudicación del mismo”. Pero ¿no sucede lo mismo en la desheredación?; ¿acaso en la misma no se está privando al desheredado de su condición de legitimario por una causa que se presume ser cierta por el mero hecho de declararlo así el testador? ➡

RESUMEN

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) ha resuelto recientemente un caso en el que se pretendía la inscripción de una partición de herencia sin la intervención del cónyuge viudo, basándose en que en el testamento se indicaba que los esposos se hallaban separados de hecho. El registrador denegó la inscripción exigiendo que la viuda concurra a la partición, y la DGSJFP resolvió confirmando la calificación del registrador. La DGSJFP exige que la separación de hecho entre los cónyuges conste fehacientemente y que esa situación se mantenga al tiempo de la muerte, lo que parece exigir la concurrencia de dos requisitos. Sin embargo, el autor del artículo considera que la postura de la DGSJFP no es coherente con resoluciones previas.

Palabras clave

Partición, Herederos, Separación de hecho.

³ Se tratan de tres casos en los que el cónyuge viudo solicita una copia autorizada del testamento o la partición y el notario la deniega alegando que se encontraba separado de hecho por lo que carece de derecho alguno a la sucesión e interés legítimo.

⁴ Es cierto que la última Resolución se refiere a un caso sujeto a derecho catalán en el que podría defenderse que la conclusión a la que llega la DG como la legítima es *pars valoris* es perfectamente defendible, y no lo es de ser *pars bonorum*, como sucede en el caso que estamos analizando en el que estaba sujeto al derecho común, pero la verdad es que la Resolución de 2020 copia literalmente lo que decía la de 2016 que se refería a un caso sujeto a derecho común.

Sin embargo, la DG sigue insistiendo en el comodín de la intangibilidad, al declarar, “que una cosa es que deba pasarse, al realizar la partición, por la declaración de desheredación expresada por el testador mientras el desheredado no contradiga judicialmente la certeza de la causa de desheredación (art. 851 CC), y otra cosa bien diferente es que en casos como el del presente recurso, aun respetando el valor del testamento como ley de la sucesión, deba intervenir dicha heredera forzosa en la partición; intervención que no puede quedar al arbitrio del testador ni de los herederos, quienes con su mera manifestación sobre la situación de separación de hecho que no se ajustara a la realidad dejarían sin efecto la intangibilidad de la legítima del cónyuge viudo”.

Pero, al exigir que el cónyuge viudo confirme que es cierto lo manifestado en el testamento sobre la separación de hecho ¿de verdad se está respetando el valor del testamento como ley de la sucesión?, y más aún, siendo cierto, como dice la DG, que si lo manifestado por el testador sobre la separación de hecho no se ajustara a la realidad se estaría dejando sin efecto la intangibilidad de la legítima del viudo, ¿acaso no sucede lo mismo en la desheredación si la causa de desheredación no fuera cierta o no fuera imputable al desheredado?

En fin, es difícil justificar que siendo la desheredación y la declaración por el testador de la concurrencia de la separación casos similares produzcan efectos distintos, llegando a producirse la paradoja que la DG exija que para poder inscribirse la partición que deba concurrir el viudo en caso de separación de hecho y sin embargo, no lo exija si el testador

se limitó a decir en su testamento que desheredaba a su viudo por una determinada causa legal...

Finalmente, creo que la DG no ha tenido en cuenta un matiz importante: el viudo pierde su legítima por la mera separación de hecho, aunque no la hubiera consentido; es decir, no es necesario que la separación de hecho sea de mutuo acuerdo⁵, por lo que al declarar el causante que se encontraba separado de hecho: o se ha limitado a reconocer un hecho, o está expresando su voluntad de estarlo, siendo esta voluntad relevante ya que como reconoce la STSJ de Baleares de 27 de junio de 2009 “hay separación de hecho cuando no existe convivencia conyugal por falta de voluntad de mantenerla”.

Lo que estamos debatiendo es si debemos presumir, salvo evidencia en contrario, que lo que dice el testamento es cierto, o debemos poner en duda lo declarado por el testador

Y es que, como nos explica didácticamente dicha sentencia, “la separación matrimonial surge cuando la convivencia desaparece, entendida la convivencia no como constante compañía física de los consortes sino su voluntad de desarrollar una vida en común o, como se ha dicho en la doctrina con frase gráfica, conservar el animus de reunirse cuando están ausentes (...). El reconocimiento de legítima viudal busca el objetivo de proporcionar al supérstite

recursos con que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. La legítima del cónyuge viudo también retribuye la mutua prestación cotidiana de apoyos y ayudas de toda índole, materiales o intangibles, consustancial a cualquier vida de pareja. Si, pues, no existe convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación”.

Es verdad, se me dirá, que la mera manifestación realizada por uno de los cónyuges en su testamento de que estaban separados de hecho no prueba que lo estaban ni al tiempo del otorgamiento del testamento, ni de su fallecimiento, y ni siquiera que este era su propósito, y que incluso aunque se probara que la voluntad del cónyuge era separarse de hecho si no hubo ruptura de la convivencia conyugal no hubo separación de hecho⁶, pero:

De un lado, lo mismo ocurre en el caso de la presentación de la demanda de separación y la propia Resolución de 24 enero de 2023 lo recoge como un caso en el que se prueba fehacientemente la existencia de la separación de hecho. Este caso es importante puesto que lo que está haciendo (al igual que el art. 102 CC) es presumir la separación de hecho por la circunstancia de que un cónyuge presente la demanda de separación, y ¿si se presume en este caso porque no presumirlo en el supuesto de que un cónyuge lo declare en el testamento?

Y del otro, simplemente lo que estamos diciendo es que por el hecho de que el testador haya dicho en su testamento que estaba separado de hecho, es razonable presumir que este era su propósito, y que basta con que un cónyuge no quiera compartir su vida con el

⁵ Lo era antes de la reforma por ley 15/2005, puesto que el art.945 CC no reconocía como heredero ab intestato al viudo únicamente en caso de separación de hecho de mutuo acuerdo que conste fehacientemente o por abandono del hogar.

⁶ Ello nos lleva a un tema muy interesante pero muy complejo ¿puede existir separación de hecho basada solo en el propósito de uno de los esposos, aunque no ejecutado o al menos en parte? Por ejemplo, uno de los cónyuges hace vida totalmente independiente del otro, no se dirigen la palabra, etc, aunque siguen compartiendo piso como si de meros estudiantes se tratara...Aunque hay que tener en cuenta como declara la STSJ Baleares 27 junio de 2009 que “la separación genuina supone una ruptura de la vida de pareja, firme y con propósito de definitiva. No se da en el caso de meros distanciamientos transitorios e intermitentes que no revelan la voluntad decidida de poner fin a la unión y, a la par, la segura desaparición de la affectio. El párrafo segundo del hoy derogado art. 87 del Código Civil cuidaba de advertir en este sentido que la interrupción de la convivencia que obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga no implica cese efectivo de la convivencia conyugal”.



otro para que ya exista separación de hecho.

Incluso se puede sostener que la voluntad de no mantener la convivencia o el proyecto de vida en común, no es incompatible con la realidad física de compartir el domicilio conyugal, pensemos en los matrimonios separados de hecho que temporalmente deben compartir vivienda, que no vida en común, por razones económicas, y en esta línea la interesante STSJ de Baleares de 27 junio 2009 nos dice que “pasar a residir en domicilios distintos suele ser la forma más patente de exteriorizar esta intención”, llamando la atención que diga que “sueles ser la forma más patente” con lo que está admitiendo otras, y sobre todo, que funde la separación de hecho no tanto en el hecho de que los esposos residan en domicilios distintos sino en la intención o voluntad de ambos o de uno de los cónyuges no convivir maritalmente.

Finalmente, no todo es criticable en la Resolución de 24 de enero de 2023, puesto que la misma concluye declarando que “debe confirmarse el criterio del registrador, quien, por lo demás expresa distintas vías para -a los efectos de la inscripción- dar por probada la situación de separación de hecho («por acuerdo mutuo fehaciente, por acta de notoriedad, por la interposición de una demanda de separación, por ratificación del cónyuge que no interviene en la partición, o cualquier medio probatorio admitido en Derecho de carácter documental»)”.

De esta forma está admitiendo que se pueda inscribir una partición de la herencia en la que no intervenga la viuda siempre que la misma se acompañe de un acta de notoriedad que declare que los cónyuges se encontraban separados de hecho.

Es una posibilidad muy interesante en la que está desmintiendo lo que la DG ha sostenido en sus tres resoluciones de sistema notarial anteriormente citadas en las que sin matices afirmaba que “la separación de hecho de unos cónyuges es, en definitiva, una situación compleja que no puede ser apreciada por el notario, ni por el mismo Centro Directivo, sino únicamente por los Tribunales de Justicia en un juicio contradictorio”.

Y sobre todo, permite que entre las pruebas a tener en cuenta por el notario en el acta de notoriedad, se encuentre el que el testador manifestó en su testamento que se encontraba separado de hecho.

En fin, en la Resolución que hemos ido comentando se plantea de nuevo el viejo tema de la *sobreprotección del posible legitimario*, presente tanto en el caso del viudo separado de hecho, como en el del legitimario respecto de quien el testador manifiesta que su legítima fue en vida satisfecha, o incluso de quien nunca puede ser legitimario del primer causante –pero a pesar de ello se exige su concurso en su partición- como el legitimario del transmitente no transmisario.

Parece que basta con que sobrevuele una posible legítima para que la DG se estremezca e imponga que quien pudo ser legitimario deba consentir la partición, atribuyéndole de esta forma un desproporcionado derecho de veto, cuando tiene otras herramientas para hacer valer sus derechos, como es el acudir a reclamar su legítima en vía judicial.

A la vista de esta tendencia y del vaporoso recurso que emplea la DG para justificarla –la intangibilidad de una legítima que no sabemos si en realidad es tal- debemos plantarnos si no sería más correcto que este artículo se rotulara con la pregunta ¿qué le pasa a la DG con las legítimas? ●

La DG abre una interesante vía para solucionar problemas similares porque admite que se pueda acreditar la separación de hecho a través de un acta de notoriedad

ABSTRACT

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) ha resuelto recientemente un caso en el que se pretendía la inscripción de una partición de herencia sin la intervención del cónyuge viudo, basándose en que en el testamento se indicaba que los esposos se hallaban separados de hecho. El registrador denegó la inscripción exigiendo que la viuda concurra a la partición, y la DGSJFP resolvió confirmando la calificación del registrador. La DGSJFP exige que la separación de hecho entre los cónyuges conste fehacientemente y que esa situación se mantenga al tiempo de la muerte, lo que parece exigir la concurrencia de dos requisitos. Sin embargo, el autor del artículo considera que la postura de la DGSJFP no es coherente con resoluciones previas.

Keywords

Distribution, Heirs, De facto separation.

La problemática actual de la residencia fiscal: tecnología y nuevos métodos de investigación de la Agencia Tributaria



**Guillermo Rafael
Griñón Pérez**

Abogado y economista

En plena Campaña de la Renta del ejercicio 2022, como nos encontramos actualmente, es común que puedan surgir numerosas dudas a la hora de elaborar los impuestos personales (Renta y Patrimonio) que deben ser presentados durante este periodo ante la Agencia Tributaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes. Más allá de cualquier otra duda de carácter técnico, una de las principales cuestiones ante las que se enfrentan un amplio número de obligados tributarios es la determinación de su residencia fiscal.

La determinación de la residencia fiscal es un aspecto clave para toda aquella persona física con intereses en territorio español, ya que su consideración o no como residente fiscal en España puede llegar a tener una importante trascendencia económica de cara al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o al Impuesto sobre el Patrimonio (IP). En este sentido, basta con acudir al artículo 9 de la Ley del IRPF para

considerar los criterios que determinan la residencia fiscal en España de una persona física: *Que permanezca más de 183 días, durante el año natural, en territorio español y/o que radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta.* Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los dos criterios anteriores, resida habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél.

Con lo anterior, parecería sencillo la determinación de la residencia fiscal para cualquier contribuyente, pero en muchos casos no llega a ser así. Tanto la determinación de los días de presencia física en territorio español como el centro o núcleo de intereses económicos son dos fuentes inagotables de litigio y disputas entre la Administración Tributaria y muchos contribuyentes que en ocasiones se ven en situaciones de indefensión.

Comenzando por exponer la problemática de los días de presencia física en España, por todos es sabido que en los últimos años hemos tenido casos de gran repercusión mediática, en muchas ocasiones con nombres de personajes

relevantes de nuestra sociedad, que se han visto envueltos en disputas con la Administración Tributaria por encontrarse a “mitad de caballo” entre España y otros países como los sonados casos de nuestro vecino Principado de Andorra.

En este punto, en el de los días de presencia física en España, lo que la Administración Tributaria discute en la mayoría de los casos es la consideración de residente fiscal en España cuando el obligado tributario pretende precisamente lo contrario.

La iniciativa de reforzar el control de esta variante de posibles fraudes de

Hemos tenido casos de gran repercusión mediática, en ocasiones personajes relevantes, que se han visto envueltos en disputas con la Administración Tributaria por encontrarse a “mitad de caballo” entre España y otros países como nuestro vecino Principado de Andorra



los falsos no residentes figura en las directrices generales del Plan de Control Tributario 2023 de la Administración Tributaria como materia de carácter prioritario en la actualidad. En este sentido, la Agencia Tributaria se ha reforzado técnica y materialmente para intensificar el control de residentes en España que rebajan artificialmente su factura fiscal al declarar por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR), que generalmente tiene un tipo impositivo menor y por el que sólo se tributa por los rendimientos de fuente española, en vez de declarar por el IRPF a tipos impositivos mayores y por todos sus rendimientos mundiales, lo que agrandaría la cuota final a pagar en muchos casos.

Es interesante también plantear aquí que el hipotético fraude de los días de presencia física en España no sólo se trata de una cuestión con componente internacional, sino que también existe la posibilidad, y así se produce por parte de muchos contribuyentes en nuestro país, de la simulación de cambio de residencia entre comunidades autónomas distintas para rebajar la carga fiscal.

Recordemos aquí que lo “ilegal” no es irse a vivir a otro país o comunidad autónoma para pagar menos impuestos, sino que más bien, es ilegal simular el haberse mudado sin haberlo realizado efectivamente burlando los requisitos de días de presencia física en el lugar de origen.

Estas conductas de deslocalización interna o internacional de contribuyentes que generalmente tienen grandes patrimonios son una materia que, como hemos comentado, están bajo la lupa de investigación de los inspectores de hacienda de la Agencia Tributaria. Pero para regularizar estas conductas, la Agencia Tributaria ha decidido proveerse mucho más allá de simples “lupas de investigación” y ha introducido en su práctica diaria métodos con un alto componente tecnológico que darán mucho de qué hablar en los próximos ejercicios fiscales que se avecinan. A lo que aquí nos estamos refiriendo es a la introducción de un amplio número de métodos para rastrear la presencia física del obligado tributario y así poder la Agencia Tributaria determinar la residencia fiscal del mismo.

Sin olvidar que la Administración Tributaria tiene la autoridad para recabar información de todos nosotros a terceros tanto en España como en el extranjero, incluyendo administraciones tributarias de otros países, también la misma puede rastrear nuestros pasos en múltiples facetas e incluir estas conclusiones a modo de prueba en el expediente de inspección llegado el caso. En esto último es donde más esfuerzos están dedicando los órganos inspectores para realizar un rastreo más eficiente y detallado y dónde parte de la información tecnológica es clave: regis-

tros telefónicos, información bancaria y actividad en redes sociales entre otros muchos factores. Desde luego la economía digital y toda nuestra realidad virtual ha venido para quedarse ➡

RESUMEN

La determinación de la residencia fiscal es una cuestión en muchos casos controvertida. Los principales elementos a tener en cuenta para dicha determinación son los días de presencia física en territorio español y el núcleo o centro de intereses económicos del obligado tributario. Actualmente la Agencia Tributaria está introduciendo cada vez más métodos tecnológicos de rastreo para luchar contra las simulaciones de residencia fiscal interna entre comunidades autónomas y también de residencia fiscal internacional en otros países. La residencia fiscal virtual es un concepto aún abstracto que a futuro puede tener un papel importante en nuestra realidad cotidiana del día a día.

Palabras clave

Residencia fiscal, Intereses económicos, Residencia fiscal virtual.

y también tenerse en cuenta por parte de la Administración Tributaria a la hora de inspeccionar.

La geolocalización de llamadas, los movimientos y pagos a través de cuentas bancarias y tarjetas de crédito, las fotografías en Instagram y otras redes sociales y cualquier otro indicativo, por sorprendente que parezca, pueden ser incluidos como prueba para la valoración conjunta de la situación del obligado tributario.

La segunda de las grandes problemáticas que comentábamos al inicio de este artículo para la determinación de la residencia fiscal y que guarda también estrecha relación con el criterio de presencia física en España, es la determinación del centro o núcleo de intereses económicos de cualquier persona física.

Este segundo criterio es bien interesante ya que, con independencia de los días de presencia física en España de cualquier persona física, la Administración Tributaria puede llegar a atraer a territorio español la residencia fiscal de dicho sujeto atendiendo a ciertos requisitos que a continuación se exponen.

No obstante lo anterior, al igual que ocurría con los días de presencia física en España, este criterio de determinación y ubicación de los intereses económicos en España ha sido, es y será una materia har- to conflictiva por ser conscientemente indeterminada siendo siempre necesario entrar en las coordenadas fácticas de cada caso en concreto con respecto a la persona física en cuestión.

Entre otros muchos requisitos para la determinación de donde se ubica el centro o núcleo de intereses económicos de la persona física y con ello la posibilidad de atraer su residencia fiscal a España nos encontramos con larga literatura doctrinal y jurisprudencial, que nos conduce a afirmar que además de atender a la ubicación de las diferentes modalidades de renta obtenidas por el contribuyente, deben tenerse también en cuenta otros criterios como la localización del patrimonio generador de renta, el lugar de gestión y administración del patrimonio, el lugar donde se manifiesta la capacidad contributiva,

bien a través de los ingresos, bien de los gastos, y el lugar de gestión de rentas si éstas tienen su origen en actividades económicas entre otros muchos criterios.

También es importante considerar aquí por parte de cualquier contribuyente el carácter relativo y no absoluto de la “principalidad” de los intereses económicos radicados en territorio español, esto es, que la comparativa de los intereses económicos españoles se debe realizar con respecto a cualquier otro país y no con respecto del extranjero en su conjunto ya que lo que aquí va a discutir la Administración Tributaria es la residencia fiscal en uno u otro país.

Por último, y para terminar estas líneas de exposición no quiero dejar de hacer referencia a un tema de especial interés y proyección a futuro como lo es el concepto abstracto de residencia fiscal virtual.

Muchos de los lectores puede que conozcan o no el Metaverso y otro tipo de realidades virtuales que poco a poco parece se están consolidando en nuestra sociedad con múltiples funciones, muchas de ellas desconocidas para el gran público, y que puede se asienten en nuestra vida diaria como lo hizo Internet hace más de 20 años o el teléfono móvil o el ordenador otros años más atrás.

Desde luego como cualquier materia de la vida, el Derecho Tributario no queda ajeno a estas nuevas realidades ya no sólo de la economía digital sino también de la realidad personal en estos mundos virtuales y con ello la hipotética consideración de este nuevo concepto de residencia fiscal virtual que afecta tanto a aspectos fiscales como civiles y mercantiles de las personas físicas.

La gran pregunta que podríamos lanzar aquí es si este nuevo concepto, su- puestamente jurídico, aún sin estudiar lo suficiente e indeterminado, podrá llegar a entrar en conflicto con nuestro clásico concepto de residencia fiscal de nuestro mundo real, y con ello desencadenar una revolución de nuestras bases más primarias del derecho tributario de las personas físicas. ●

Recordemos aquí que lo “ilegal” no es irse a vivir a otro país o comunidad autónoma para pagar menos impuestos, sino que más bien, es ilegal simular el haberse mudado sin haberlo realizado efectivamente burlando los requisitos de días de presencia física en el lugar de origen



ABSTRACT

Determining a tax residence is often a controversial issue. The main factors to be taken into account are the number of days the taxpayer is physically present on Spanish soil, and the core or centre of the taxpayer's economic interests. The Spanish Tax Authority is currently introducing an increasing number of technological tracking methods in the fight against cases of simulated domestic tax residence in different autonomous communities and international tax residence in other countries. Virtual tax residence is still an abstract concept that may be increasingly important in the future.

Keywords

Tax residence, Economic interests, Virtual tax residence.



museo nacional de
**ARTES
DECORATIVAS**

CASSANDRA

KIMA GUITART

30 DE MARZO
3 DE SEPTIEMBRE

El ITSGF (sic) ya está aquí...



Javier Gómez Taboada

Abogado tributarista.
Socio de MAIO LEGAL
(www.maiolegal.com)

Si el 16 de noviembre de 1977, a un lector de buena fe del BOE le hubieran dicho que el entonces recién nacido Impuesto -“*extraordinario, excepcional y transitorio*” (pues esas tres cualidades se predicaban de él)- sobre el patrimonio (IP) de las personas físicas perviviría casi cinco décadas después, quizá se hubiera mostrado incrédulo. Pero si, además, le hubieran asegurado que, adicionalmente al IP, en 2023 habría un tributo análogo y paralelo, ya se habría quedado del todo estupefacto.

Pues no otra cosa es el escenario que aquí tenemos: el pasado 28 de diciembre -y no precisamente como una *inocentada* propia de esa fecha- el BOE publicó la Ley 38/2022, promulgada el inmediato día anterior. Mediante esa norma, en su artículo 3 (con la friolera de 28 apartados), se crea el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (ITSGF, en el argot) que, entrando en vigor al día siguiente (29), se devenga por vez primera apenas 48 horas después: el 31 de diciembre. Una tramitación meteórica.

El impuesto nace, confesadamente, como remedo del mismísimo IP, pues casi todo él se remite al ya preexistente IP -y a su normativa propia- a la hora de regular gran parte de sus elementos básicos. Como elementos significada-



mente diferenciales se señala el propio objeto de gravamen (patrimonios que excedan de 3 millones de euros; eso -y no otra cosa- deben de ser las grandes fortunas) y, ¡cómo no!, la tabla de gravamen que incrementa sensiblemente la del IP lo que, sobre todo, al tener aquél carácter estatal y no ser susceptible de cesión a las CCAA -con la consabida excepción foral-, configura la

El impuesto nace, confesadamente, como remedo del mismísimo IP, pues casi todo él se remite al ya preexistente IP

genuina naturaleza del ITSGF: un gravamen patrimonial estatal que, soslayando las competencias autonómicas, tiene como única finalidad la recaudación.

La criatura, sin duda prematura pues su gestación fue todo menos reposada y dilatada, vio la luz con unas cuantas malformaciones que -aunque ya se verán amenazan su propia existencia. La primera, por llamativa e inédita, su del todo exótica génesis parlamentaria: su germen es una proposición de ley y no un proyecto de ley que sería lo natural considerando que sus artífices fueron los grupos parlamentarios que comparten Gobierno. Fue así como el 18 de noviembre, es decir, apenas 1 mes y diez días antes de su publicación en el BOE, mediante la enmienda nº 99, el ITSGF empezó a asomar la cabeza en el Boletín de las Cortes Generales; eludiendo trámites parlamentarios y controles (CGPJ, Consejo de Estado, ...) que habrían sido preceptivos de haberse tramitado por la vía natural, y hurtando así al mismísimo Parlamento el pleno conocimiento -y sano debate- que habría debido preceder su alumbramiento. Algo que parece chirriar con el célebre lema del “*no taxation without representation*”. ¿Estamos, pues, ante un fraude de ley parlamentario (casi duele escribirlo y, más aún, leerlo)? Yo digo alto y claro que sí; cosa distinta son los efectos que, finalmente, se dictamine que tal fraude pueda provocar en la vida del ITSGF.

Otro defecto congénito es la aparente vulneración del bloque constitucional relativo a la armonización fiscal

autonómica, pues el ITSGF surge sin que formalmente se haya modificado la normativa que contempla el reparto competencial tributario entre el Estado y las CCAA (País Vasco y Navarra al margen; claro), faltando a la lealtad institucional y evitando debate alguno en el Consejo de Política Fiscal y Financiera que es el foro natural donde deberían haberse contrastado opiniones. Todo muy edificante.

Además, la criatura también parece incurrir en una manifiesta retroactividad pues, pese a que su aprobación -formalmente- se produjo antes de su devengo, lo cierto es que el ITSGF, al igual que su *espejo* IP, lejos de tomar como referencia una foto fija al 31/12, tiene ciertos ingredientes que lo alejan de esa aparente instantaneidad para aproximarlos a caracteres más propios de los tributos periódicos: saldos medios, patrimonialidad sobrevenida,...

Pero, en puridad, el reproche más grave que puede hacerse a esta nueva figura tributaria es el de que socava -gravemente, he de decir- la seguridad jurídica que, lejos de ser un principio vacío, es algo de tal magnitud y relevancia que la mismísima Constitución se erige en su garante. Y es que ya no es que en este caso no haya habido -que no lo hubo- un *efecto anuncio* que hubiera podido vacunar a los potenciales contribuyentes por él afectados; no, es que hubo un anuncio pero, precisamente, en el sentido contrario: apenas cinco meses antes de aquel 18 de noviembre, el 13 de junio, el Parlamento rechazó una proposición de ley que aspiraba a crear un tributo análogo al ITSGF. ¿Cabe mayor confianza -¿legítima?- que la representación popular rechace, formal y oficialmente, la aprobación de ese impuesto? El problema es que, poco tiempo después, esa confianza se quiebra en mil pedazos con el del todo insólito nacimiento de esta nueva figura; siendo así que se ha privado a la ciudadanía de “*la oportunidad de ajustar su comportamiento económico a las consecuencias finales derivadas del cambio jurídico que se anunciaba*” (STC 182/1997, de 28/10).

Sea como fuere, lo cierto es que el próximo 1 de julio se abre el plazo mensual para presentar la primera autoliquidación del ITSGF, conforme al modelo 718 que, al escribir estas líneas, se está gestando (omito, pues, aquí toda referencia al *sudoku* sobre cómo finalmente operará el límite entre el IRPF, IP e ITSGF al objeto de paliar su eventual confiscatoriedad).

Y ahí es donde, a día de hoy, se focaliza el debate: ¿qué hacer, dónde ir? Bueno, partiendo de la asunción de que se declarará e ingresará lo que proceda, una vez hecho eso lo prudente será impugnar la propia autoliquidación invocando sus aparentes vicios de inconstitucionalidad (que han provocado los recursos de Andalucía, Galicia y Madrid; ya admitidos a trámite por el TC) e instando la oportuna devolución de ingresos indebidos. La pregunta del millón es cuándo será oportuno iniciar ese proceso: si se precipita, se corre el riesgo de agotarse antes de que el TC se pronuncie (y que éste retome la idea del *cerrozajo* ya aplicada en el recurso de la *plusvalía municipal*); y, si se demora, podría llegarse tarde...

La criatura, sin duda prematura pues su gestación fue todo menos reposada y dilatada, vio la luz con unas cuantas malformaciones

En paralelo, aparece en el horizonte la vía alternativa de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, pero, tras la STJUE de 28 de junio de 2022, su régimen tiene mucho de incógnita; y, más aún, cuando el Plan Normativo nacional anuncia que la adaptación legal a aquella sentencia dependerá de su “*coste o ahorro presupuestario*”. Largo me lo fiáis. ●

#ciudadanoSúbdito

RESUMEN

El pasado 31 de diciembre se devengó, por vez primera, el recién alumbrado Impuesto Temporal sobre la Solidaridad de las Grandes Fortunas que habrá de declararse en el próximo mes de julio. Muchas son las dudas legales que su gestación ha provocado y que, en su caso, podrían afectar -sensiblemente- a su vigencia y a su recaudación. A partir de ahí se abren diversas opciones para intentar preservar los legítimos intereses de los contribuyentes afectados por este nuevo gravamen.

Palabras clave

Impuesto Temporal sobre la Solidaridad de las Grandes Fortunas, Vigencia, Recaudación.

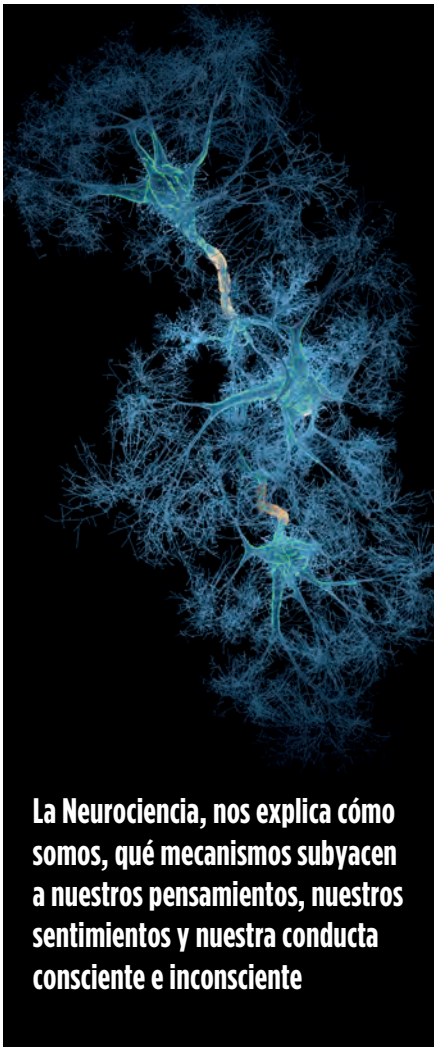
ABSTRACT

The new Temporary Solidarity Tax on Large Fortunes, for which declarations must be made next July, became payable for the first time on 31 December. Its production has raised many legal uncertainties, which could have a significant effect on its validity and its collection. As a result, there are several alternative means to attempt to preserve the legitimate interests of the taxpayers subject to this new tax.

Keywords

Temporary Solidarity Tax on Large Fortunes, Validity, Collection.

De la hostilidad a la inteligencia a la luz de la Neurociencia¹



La Neurociencia, nos explica cómo somos, qué mecanismos subyacen a nuestros pensamientos, nuestros sentimientos y nuestra conducta consciente e inconsciente



Mari Luz Sánchez García-Arista

Dra. Psicología, Lic. Pedagogía y Experta en Mediación de conflictos
luzarista@hotmail.com

Gestión de conflictos a la luz de la neurociencia

Desde que la tecnología permite la obtención de neuroimágenes, los estudios sobre el cerebro humano y los diversos mecanismos que subyacen a nuestras emociones, sentimientos, conductas, toma de decisiones, aprendizajes, percepciones, interpretaciones, razonamientos, etc., han ido aportando a las diversas disciplinas, conocimientos fundamentados y clarificadores, que implican nuevas perspectivas y planteamientos. A pesar de la inercia de resistencia a los cambios de personas y profesiones, la nueva luz que aporta la Neurociencia va filtrando las ciencias en general, y las ciencias sociales en particular, como consecuencia de una paulatina y constante mejora en la comprensión del comportamiento humano. Actualmente, la Neurociencia, nos explica cómo somos, qué mecanismos subyacen a nuestros pensamientos, nuestros sentimientos y nuestra conducta consciente e inconsciente (Mora, 2002; 2004; 2010). Sin embargo, en la formación a profesionales que trabajarán

con conflictos, aún no se han incluido estos conocimientos en sus programas.

Los conflictos afloran de forma natural en las interacciones humanas. Es fácilmente imaginable y observable que existen multitud de situaciones en que distintas personas o grupos perciben divergencia de intereses respecto a otras, con expectativas que se plasman en aspiraciones vestidas de incompatibilidad. Los conflictos sobrevuelan nuestra cotidianeidad y, cualquiera que sea el contexto, tienen similares manifestaciones (Sánchez García-Arista, 2021):

- Las emociones negativas afloran y sesgan la percepción e interpretación de la realidad.
- La comunicación se distorsiona y se llena de reproches; incluso se bloquea o se rompe.
- Las actitudes y narrativas se polarizan en torno al binomio “culpa-razón”, creciendo en rigidez e intransigencia.
- Las relaciones se tensionan y deterioran.
- El clima de convivencia se resiente, convirtiéndose en caldo de cultivo para interacciones tóxicas, dando paso con frecuencia a coaliciones y subgrupos enfrentados.

Conflicto-emociones van intrínsecamente unidos, en una continua interacción de retroalimentación, por lo que conocer los mecanismos emocionales y

¹ Artículo basado en el contenido del libro: “Del cerebro hostil al cerebro inteligente. Neurociencia, conflicto y mediación”. Mari Luz Sánchez García-Arista. Ed. Reus, 2021.

sus procesos neurológicos fundamentales (Damasio, 2006; 2010) nos ayudará a comprender mejor sus dinámicas internas, directamente relacionadas con los posicionamientos y las narrativas (Sánchez García-Arista, 2021).

Los conflictos pueden adoptar un *curso constructivo* -“conflicto como oportunidad”- o *destrutivo*, produciendo desencuentro, dolor y escalada creciente. Nos jugamos mucho -principalmente, el bienestar, la salud y la convivencia - en afrontarlos constructivamente, pero para ello se requieren conocimientos y habilidades. La Neurociencia arroja luces sobre ello.

Cerebro hostil o secuestrado

Es de sobra conocida la famosa imagen del iceberg como metáfora del conflicto -de su parte visible (10%) y no visible (90%)- y como explicación de la connotación negativa con la que en general aparece revestido. Pero en la actualidad, ya conocemos qué pasa en el cerebro humano cuando manifiesta ese 10%; sabemos cómo cuando alguien se enfada su amígdala cerebral genera emociones como la ira; el cerebro emocional, ése que ha protegido al ser humano durante tantos cientos de años, entra en acción. Hasta ahí, el proceso es natural, sí. Pero, el cerebro humano ha evolucionado y su corteza prefrontal nos ha dotado de la capacidad para razonar y tomar decisiones inteligentes (Morgado, 2010; 2014; 2015). Eso sí, para ello la persona debe gestionar las emociones que su amígdala genera. De lo contrario, será la amígdala, desconectando de la corteza prefrontal a través de procesos bioquímicos, la que controlará las respuestas y el comportamiento, “*secuestrando*” la parte racional del cerebro (Goleman, 1995) y quedando éste en “*modo hostil*” (Beck, 2003), que implica “defensa-ataque” como código de funcionamiento; es decir, desde un modo reactivo, no inteligente, del cerebro.

Es así, en este *modo hostil*, como las personas con conflictos escalados -las *partes*- llegan a solicitar ayuda profesional para resolverlo: con un cerebro dirigido por la famosa “*amígdala*” y

secuestrada su capacidad de razonar. Se hace necesario ayudarles a transitar hacia otro modo de funcionamiento más inteligente antes de pretender que se sitúen en territorios colaborativos y generadores de acuerdos. La Neurociencia nos explica los mecanismos emocionales que se despliegan en los procesos de escalada de los conflictos. Comprenderlos se hace imprescindible para el ejercicio de una eficiente intervención profesional.

Acerquémonos a los conocimientos que la Neurociencia nos explica para dicha comprensión.

La *percepción* y la *interpretación* son dos mecanismos de nuestro cerebro críticos en la génesis de la respuesta que damos a los conflictos. Son el “*ojo*” con el que nuestro cerebro mira, evalúa y define la realidad. Un proceso subjetivo, con un componente altamente educativo y experiencial. Forman parte de lo que me gusta definir con la metáfora de “*la mochila educativa*”, en la que vamos metiendo nuestros aprendizajes y experiencias desde el inicio a lo largo de la vida. Aprendemos a mirar e interpretar la realidad.

Los conflictos pueden adoptar un *curso constructivo* -“conflicto como oportunidad”- o *destrutivo*, produciendo desencuentro, dolor y escalada creciente

Esto explica cómo, ante una misma realidad, las personas que llegan a solicitar nuestra ayuda profesional tienen *narrativas divergentes* sobre la misma. Sin una intención de engaño, “*lo ven*” desde distinta perspectiva y, desde ella, crean una narrativa que justifica su mirada.

Es a partir de lo que percibimos y cómo lo interpretamos como la amígdala reacciona y genera las emociones correspondientes. Si éstas no son ges-



RESUMEN

La Neurociencia avanza y nos demuestra con mayor velocidad y nitidez cada día cómo funciona nuestro cerebro. Comprenderlo, conocer las claves de los mecanismos que explican la divergencia de narrativas ante la misma realidad de las personas que llegan a mediación y la génesis de sus posicionamientos, resulta de significativa importancia para una intervención mediadora profesional realizada con rigor y eficiencia. Veamos cómo la luz de la Neurociencia ilumina las claves para comprender los conflictos y las emociones que los retroalimentan, orientando nuestra intervención para apoyar la transición hacia una evolución constructiva

Palabras clave

Neurociencia, Conflicto, Cerebro, Narrativas, Emociones.

tionadas, se despliega el “modo hostil o secuestrado”. Como consecuencia, el pensamiento se distorsiona y el diálogo interior se sesga, produciéndose el “posicionamiento”, polarizado en el binomio “culpa-razón”. El conflicto queda así atrapado en un ciclo que retroalimenta su escalada.

La buena noticia es que la Neurociencia nos demuestra la *plasticidad* del cerebro, esa estupenda característica por la que es capaz de asumir cambios durante toda su vida mientras permanezca sano. Un cerebro en modo reactivo da respuestas automáticas -desde su “mochila”- es decir, desde los “estilos de afrontamiento del conflicto” aprendidos. Pero, la plasticidad nos permite aprender a cambiar los “estilos automáticos” de respuesta por “estrategias inteligentes”. Realmente, este es el pilar de las intervenciones profesionales para gestionar conflictos de manera eficiente: se puede ayudar a una persona cuyo cerebro ha entrado en ese ciclo de escalada destructiva e ir ayudándole a que cambie a un modo pleno, integrado, inteligente (Siégel, 2017).

Este proceso de cambio -ayudándole a gestionar su “inundación emocional”- le permitirá flexibilizar paulatinamente su posicionamiento para encaminarse hacia un territorio más colaborativo donde el acuerdo se haga posible.

Para la transición de un modo hostil a un modo inteligente de funcionamiento cerebral resulta imprescindible una adecuada gestión emocional.

De la hostilidad a la inteligencia

¿Qué necesitan las personas que demandan ayuda profesional ante una situación de conflicto escalado? Detrás de esa demanda hay un deseo de sentirse comprendidas en su posicionamiento. Cada una de ellas está convencida de que “tiene la razón” y de que desde su perspectiva, su narrativa describe la “realidad”.

El posicionamiento da una falsa sensación de “poder”, por lo que no es fácil que las partes en conflicto quieran salir de él. Al cerebro le gusta tener razón y, una vez posicionado en el binomio “culpa-razón”, se instala en la hostilidad, en ese modo “defensa-ataque”, ses-

gando el pensamiento y dirigiéndolo a defender su posición; el diálogo interior se concentra en “echar leña al fuego”, produciéndose un “sesgo atencional” (Morgado, 2007, 2010, 2015), por el que la atención sólo atenderá a los detalles que demuestran y alimentan esa “razón”. Así pues, se hace necesario que el gestor profesional de conflictos, apoye a cada una de las partes para que realice su propia transición desde el modo hostil, que genera y alimenta su posicionamiento, hasta el modo inteligente en el que lo va flexibilizando e identificando sus intereses y necesidades, al tiempo que crece su responsabilidad sobre el conflicto. Para ello, los conocimientos sobre los mecanismos emocionales, sobre las dinámicas internas del conflicto, la génesis de las narrativas divergentes y el manejo eficiente de la comunicación, resultan imprescindibles para poder apoyar y dirigir la transición de cada parte desde la hostilidad hacia la inteligencia. De lo contrario, incluso habiendo alcanzado un acuerdo, el conflicto reaparece: indicador claro de que se cerró en falso.

La *percepción* y la *interpretación* son dos mecanismos de nuestro cerebro críticos en la génesis de la respuesta que damos a los conflictos. Son el “ojo” con el que nuestro cerebro mira, evalúa y define la realidad



Sánchez García-Arista, ML., 2017.

Las narrativas: material para el análisis del conflicto y para el diseño de la intervención

Las narrativas de las partes reflejan las claves tanto para el diagnóstico como para el diseño de la intervención profesional, ya que son el espejo de las emociones y de la perspectiva sobre el conflicto.

Cuando la activación emocional no se aborda en fases iniciales del conflicto, la distorsión del pensamiento y diálogo interior que se produce construye narrativas que reflejan esas emociones no gestionadas. Las partes traducen en palabras su percepción y vivencia del conflicto así como las emociones generadas en el proceso de escalada. Al hacerlo, vuelcan su activación emocional, las ofensas guardadas, su dolor, su ira, resentimiento, etc. que constituyen la raíz del bloqueo en su posición; son los ladrillos que conforman sus defensas y retroalimentan su pensamiento y diálogo interior sesgados, su actitud de “echar leña al fuego”, motivada por el espejismo de que es ahí, en ese posicionamiento férreo, donde reside su “poder”.

La *escucha activa* es la herramienta fundamental para promover el “volcado emocional” a través de las *narrativas*. Estas suelen estar pobladas de “reproches” que se intercalan entre la información que aportan y reflejan no sólo las emociones sin gestionar, sino también las *necesidades* de las partes, resultando *indicadores claros de campo de trabajo*.

El proceso de gestión profesional de un conflicto implica una serie de actuaciones que tienen como objetivo la consecución de cambios en las partes que generen en paralelo una transformación del conflicto. Cuanto más fundamentemos esas actuaciones en la comprensión de cómo están, cómo se sienten y qué necesitan las partes -cada una de ellas desde su “mochila”- más fácil será para nosotros -profesionales de la gestión de conflictos- diseñar las intervenciones a través de las cuales promoveremos y apoyaremos la transición del modo hostil al modo inteligente, desde el que serán capaces de escucharse, legitimarse y construir juntos los acuerdos que recojan los intereses de ambos en una narrativa nueva e inclusiva.

En la práctica, tanto la autoridad moral que las partes nos otorgan, como la confianza y seguridad que necesitan para comunicar una narrativa en la que “desnudan su conflicto” ha de ser motivada y generada por nuestra actuación. El lenguaje verbal y no verbal son críticos, pero también nuestros conocimientos teóricos y prácticos sobre los conflictos y las emociones, intrínsecamente unidos y en permanente retroalimentación, como hemos dicho. La Neurociencia nos aporta luz sobre estos mecanismos. Es por tanto imprescindible que la formación de todos los profesionales que trabajamos con personas y sus conflictos incluya dichos conocimientos.

Los conocimientos sobre el cerebro humano que actualmente aporta la Neurociencia, posibilitan que nuestra intervención como gestores profesionales de conflictos se vista de rigor y eficiencia. ●

Los conocimientos sobre los mecanismos emocionales, sobre las dinámicas internas del conflicto, la génesis de las narrativas divergentes y el manejo eficiente de la comunicación, resultan imprescindibles

ABSTRACT

Neuroscience advances and shows us with greater speed and clarity every day how our brain works. Understanding it, knowing the keys to the mechanisms that explain the divergence of narratives regarding the same reality of the people who come to mediation and the genesis of their positions, is significantly important for a professional mediating intervention carried out with rigor and efficiency. Let's see how the light of Neuroscience illuminates the keys to understand the conflicts and the emotions that feed them back, guiding our intervention to support the transition towards a constructive evolution.

Keywords

Neuroscience, Conflict, Brain, Narratives, Emotions.



Kipling y sus siete millones de porqués

Marta Matute

Directora de Comunicación y RR.II. del Colegio Notarial de Madrid

Los viejos periodistas suelen recitar un fragmento de un poema infantil de Rudyard Kipling para mostrarles el camino a los más jóvenes.

Fue en 1900 cuando Kipling publicó ‘El hijo del elefante’, la deliciosa historia de un pequeño elefante al que todos burlaban porque hacía demasiadas preguntas. Allí, los lectores, grandes y pequeños, pudieron leer por primera vez ‘I keep six honest serving men’. “Tengo seis honestos sirvientes (ellos me enseñaron lo que sé). Sus nombres son: qué, por qué, cuándo, cómo, dónde y quién [...]”.

Con el tiempo, los sirvientes de Kipling se convertirían en las famosas ‘Six Wh Words’, que hoy se enseñan en las facultades de periodismo de todo el mundo; y también en las escuelas de negocios; y más tarde, más de un siglo después, nos servirían de mimbres para alumbrar los nuevos ‘Lunes de Actualidad’ del Colegio Notarial de Madrid.

Fue en septiembre de 2022. En un mundo tan cambiante, tan complejo y tan subjetivo como el que nos ha tocado vivir, las preguntas de aquel pequeño elefante resultan hoy más necesarias que nunca.

Con este proyecto, los notarios de Madrid, testigos de cuanto acontece, han querido sumarse a otros proyectos



Francisco Román y Adrián Jofre, en un momento de su conversación, el pasado 27 de marzo. Fue un diálogo sobre la responsabilidad social de la empresa española.

a otras instituciones que, en alianza con la sociedad civil, parecen decididas a promover la comprensión última de los acontecimientos al margen de cualquier adscripción ideológica y suscitando el diálogo, en sintonía con los principios y valores del Notariado.

En los ‘Lunes de Actualidad’ empezamos hablando de energía con Jorge Sanz Oliva en un momento en que la guerra de Ucrania había disparado los precios de la luz y el gas y la contienda había dejado al descubierto la debilidad energética de Europa; y en junio clausuraremos el año académico con una jornada dedicada a la tauromaquia, al cierre de la tradicional Feria de San Isidro.

En estos nueve meses han pasado por los ‘Lunes...’ economistas, militares, ingenieros, politólogos, abogados y taurofilos. En agosto de 2022 Emmanuel Macron decretó el final de la abundancia y en otoño el Colegio Notarial de Madrid organizó una charla coloquio con Rafael Doménech (BBVA Research), Raymond Torres (FUNCAS) y Daniel Fuentes (Kreab Research) para conocer el alcance de los recortes y la crisis.

El 19 de diciembre estuvo con nosotros el coronel José María Pardo de Santayana, coordinador de investigación del Instituto Español de Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa. Pardo de Santayana desplegó ante una concurren- tida audiencia los distintos escenarios

geopolíticos que se barajan en la actualidad y explicó los pasos a dar para evitar una contienda de dimensiones globales. Extremadamente crítico con Rusia y también con Estados Unidos, fue contundente al señalar que la reorganización de las alianzas es clave para evitar que la fragmentación mundial se perpetúe.

Este año hemos dedicado dos sesiones a la Inteligencia Artificial. La primera jornada contó con la presencia de Asunción Gómez-Pérez, informática, vicerrectora de Investigación, Innovación y Doctorado de la Universidad Politécnica de Madrid y académica de la Real Academia Española. Gómez-Pérez, experta en Ingeniería Ontológica, nos mostró los últimos avances realizados en IA y alertó sobre la cesión de datos. Más tarde, en una segunda sesión, nos ocupamos de la dimensión ética del progreso. Lo hicimos con José María Lassalle, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE) y director del Foro Humanismo Tecnológico de ESADE. Más allá de los datos, Lassalle nos interpeló a propósito del impacto social y cultural de esta nueva tecnología: de qué manera su impulso puede colisionar con la creatividad humana, erosionándola.

En febrero saltó la noticia de Ferrovial y en marzo celebramos un coloquio titulado “La responsabilidad de la empresa española” con Francisco Román y Adrián Jofre. Dos generaciones -mano a mano- conversando sobre los propósitos y los compromisos de las corporaciones. Sobre retos y estrategia empresarial.

El lunes 24 de abril estuvo con nosotros Lola Solana impartiendo la conferencia “El futuro de la inversión en España: tendencias, riesgos y oportunidades”. Lola Solana, gestora de Santander AM y presidenta del Instituto Español de Analistas Financieros, nos contó por qué es importante invertir y cómo hacerlo, y compartió con nosotros valiosas reflexiones sobre el funcionamiento de los mercados de capitales, incidiendo en la importancia creciente de los criterios ESG en la selección de valores.



Rafael Doménech, Raymond Torres y Daniel Fuentes, junto a la periodista Rebeca Gimeno, momentos antes de comenzar el coloquio sobre la crisis económica.

Los ‘Lunes de Actualidad’ nacieron cuando aún se escuchaban en nuestro país los ecos de la pandemia y los europeos asistíamos sobrecogidos a la invasión de Ucrania ¿Qué más podía pasarnos? Para varias generaciones de españoles, nacidas bajo la protección del Estado del Bienestar y educadas en los ideales de los Padres Fundadores de

Los notarios de Madrid, testigos de cuanto acontece, han querido sumarse a otros proyectos y a otras instituciones que, en alianza con la sociedad civil, parecen decididas a promover la comprensión última de los acontecimientos al margen de cualquier adscripción ideológica y suscitando el diálogo, en sintonía con los principios y valores del Notariado

la Unión Europea, el futuro, súbitamente, se había convertido en algo incierto y tocaba reescribirlo. Ésta es la razón por la que titulamos nuestro primer ciclo ‘Pensando el Porvenir’. Quizás había que reinventar de nuevo el mañana. Fue, además, un guiño al álbum de memorias que nos dejó la hija de un notario.

En 1994, coincidiendo con el XV aniversario del fallecimiento de Ignacio Aldecoa, Carmen Martín Gaité, hija de José Martín, notario primero en Salamanca y después en Madrid, escribió ‘Pensando el Porvenir’. Era un buen título para un buen comienzo.

Hay muchas maneras de hacerlo: desde la rabia y el enfrentamiento o desde el diálogo y la concordia. Con los ‘Lunes de Actualidad’ el Colegio Notarial de Madrid quiere servir a este propósito y ser para todos los ciudadanos un lugar de reflexión, debate y encuentro. Porque, como decía Kipling al final de su poema, siempre hay siete millones de porqués. Y nosotros queremos dar respuesta con humildad a algunos de ellos. ●



Madrid te asesora

Continuando con la celebración de esta cita obligada, el miércoles 15 de marzo tuvo lugar una nueva charla del ciclo *Madrid Te Asesora*, en colaboración con el Ayuntamiento de Madrid. La sesión corrió a cargo del notario de Madrid Fernando Gomá con el título “La importancia del testamento: consejos prácticos, cláusulas especiales, desheredación y renuncia”. Y el miércoles 19 de abril la sesión corrió a cargo del notario de Madrid Pedro Armas y versó sobre “El gran paso: comprar una vivienda. Trámites, cargas y gastos, con y sin hipoteca”. ●



Fundación Notarial SIGNUM “Mediación: De la hostilidad a la inteligencia”

El 29 de marzo tuvo lugar en el CNM la charla “Mediación: De la hostilidad a la inteligencia”, a cargo de la doctora en Psicología y Mediadora María Luz Sánchez García-Arista. En este mismo número de la revista, contamos en la sección dedicada a Mediación y Arbitraje, una colaboración de tan reputada ponente. ●

Entrega de medallas al Mérito Notarial

El pasado 30 de marzo celebramos la Entrega de las Medallas al Mérito Notarial 2023.

Este acto, presidido por nuestro decano José Ángel Martínez Sanchiz, estuvo cargado de afecto y reconocimiento hacia los notarios galardonados: José Antonio Escartín Ipiens, José Aristónico García Sánchez, Manuel Garrido de Palma, Isidoro Lora-Tamayo, Ignacio Solís Vila, Juan Bolás Alfonso, José González de Rivera y José Manuel García Collantes.

Acompañando a los galardonados estuvieron numerosos familiares, amigos y representantes de las instituciones, que con su presencia mostraron también su reconocimiento, como por ejemplo, Rafael Mozo Muelas, presidente del Consejo General del Poder Judicial, Tontxu Rodríguez, secretario de Estado del Ministerio de Justicia, Sofía Puente, directora general de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia. ●





Fiesta Patrón San Juan "Ante Portam Latinam"

El pasado 8 de mayo tuvo lugar la tradicional celebración con motivo de la Fiesta del Patrón del Notariado San Juan ante Portam Latinam. A mediodía el párroco de la iglesia de Los Jerónimos el Real ofició una misa conmemorativa y posteriormente los notarios de Madrid se reunieron en el Hotel Wellington para compartir un almuerzo de hermandad. ●

OTRAS NOTICIAS

El Colegio Notarial de Madrid participa con la Fundación SIGNUM en la I Cumbre Mundial de la mediación empresarial

La vicedecana del Colegio Notarial de Madrid, Concepción Pilar Barrio del Olmo, en su calidad de vicepresidente de Fundación SIGNUM, ha participado en la Primera Cumbre Mundial de la Mediación, que se celebró los días 25 y 26 de mayo en Valladolid.



Esta Cumbre Mundial, organizada por la Cámara de Comercio de España, la Cámara de Comercio de Valladolid, el Centro Español de Mediación, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), ha contado con la presencia de la ministra de Justicia, Pilar Llo y ha reunido a más de 800 expertos de todo el mundo para reflexionar y debatir sobre la mediación aplicada a la empresa.

El propósito de este Congreso ha sido introducir instrumentos colaborativos para la gestión de los conflictos en las relaciones económicas y empresariales y facilitar espacios de encuentro seguros y voluntarios desde los que recuperar la confianza como valor indispensable para el bienestar social.

Además, se trata del primer paso para sellar alianzas entre las principales instituciones dedicadas a promover los medios alternativos de controversias, entre las que se encuentra Fundación SIGNUM del Colegio Notarial de Madrid.



De izquierda a derecha María Robles, secretaria general de la Cámara de Comercio de Valladolid, Mercedes Pérez Hereza, Secretaria de la Fundación Notarial SIGNUM, Víctor Caramanzana, presidente de la Cámara de Comercio de Valladolid, Concepción Barrio del Olmo, vicedecana del Colegio Notarial de Madrid y vicepresidenta de la Fundación Notarial SIGNUM, y José María Mazarro, Director de la Fundación Notarial SIGNUM.

Durante este encuentro se han intercambiado experiencias de éxito, modelos eficaces de gestión de conflictos y estrategias de generación de confianza en la realidad empresarial.

Concepción Pilar Barrio del Olmo, que participó en la mesa titulada 'Los beneficios de la mediación a lo largo de todo el itinerario vital de la empresa', aprovechó su intervención para recordar, entre otras cosas, que los notarios acompañamos a las empresas desde su nacimiento y, por tanto, cuando nuestra mediación resulta necesaria es extremadamente valiosa. "Gracias a nuestra labor notarial, conocemos bien las sociedades y gracias a nuestro papel de mediadores contribuimos a preservar el diálogo y las relaciones futuras, además de ofrecer seguridad jurídica".

Al término de la Cumbre, las instituciones participantes firmaron la Primera Declaración Mundial en Favor de la Mediación Empresarial. ●

CincoDías

Publicado en *Cinco Días* el 12 de abril de 2022¹

¿Menoscaba la ley de discapacidad la seguridad del tráfico jurídico?

La respuesta es no, aunque se corre el riesgo de que una interpretación errónea nos devuelva al modelo antiguo

Concepción Pilar Barrio del Olmo

Vicedecana del Colegio Notarial de Madrid

Es un lugar común celebrar que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, supone un cambio de paradigma, una de las modificaciones más importantes de nuestro Código Civil, y que garantiza el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

La Ley 8/2021 pretende que la persona con discapacidad desarrolle su personalidad y ejercite su capacidad jurídica por sí misma, en condiciones de igualdad con las demás personas. Habrá muchos ámbitos de la vida en que podrá, pero en otros necesitará de alguna asistencia como apoyo, que puede ser de cualquier tipo, material, técnico o humano, aunque la existencia de apoyos no prejuzgue, en absoluto, que la persona con discapacidad no pueda prestar un consentimiento válido si en ese momento no los necesita.

En este sentido, la regulación de la ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad es uno de los aspectos más relevantes, y también más polémicos, de la Ley 8/2021, porque de su correcta interpretación y aplicación va a depender la consecución de la finalidad perseguida por tal norma o que, por el contrario, toda la regulación quede reducida a una enumeración de principios bienintencionados con ninguna aplicación práctica, que es en lo que parecen empeñarse algunos comentaristas de la Ley.

Creo que todos estamos de acuerdo en que la nueva regulación debe ser valorada muy positivamente, pues garantiza a las personas con discapacidad el derecho a la

igualdad ante la ley, principio básico de la protección de los derechos humanos, pero quiero plantearme si es posible mantener, sin reserva alguna, tal valoración positiva de la Ley aun a riesgo de tener que aceptar que si celebramos un contrato con una persona con discapacidad, esta persona dispone de un plazo de cuatro años para instar la nulidad del contrato si lo considera conveniente, es decir, que el contrato pueda ser anulado por la voluntad de la persona con discapacidad, ya sea por sí sola o con los apoyos que precise, pese a existir un consentimiento válido a la hora de celebrarlo, por el mero hecho de haber prescindido de los apoyos de que esté provista, máxime teniendo en cuenta que de esos apoyos puede que no tenga noticia ni el otro contratante, ni el notario si se ha celebrado ante este, atendiendo al régimen de publicidad restringida de las medidas de apoyo.

Si fuera tal la interpretación correcta de los artículos 1301.4º y 1302.3 CC que regulan la ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad, ¿podríamos celebrar tanto la nueva regulación? Me parece que empiezan a surgir dudas.

Considerar que el contrato es anulable siempre que se prescinda de las medidas de apoyo implica volver al anterior modelo, que pretende eliminar la Ley 8/2021, de la incapacitación judicial como estado civil diferente, y supone, además, entender que todo contrato celebrado por una persona con discapacidad prescindiendo de los apoyos tiene una eficacia claudicante en tanto no transcurra el plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción personal de anulabilidad, con la consiguiente merma de seguridad jurídica en perjuicio

¹ https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/11/opinion/1649672264_081681.html



de la propia persona con discapacidad, porque el mercado siempre encuentra los medios para defenderse de tal situación. De tal manera que la persona con discapacidad quedaría expulsada del tráfico jurídico, como lo estaba con anterioridad a la Ley 8/2021.

Lo que sucede es que, por mucho que algunos se empeñen, tal no es la regulación contenida en el Código Civil, que establece que son anulables los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas “cuando fueran precisas”. La exigencia de que los apoyos fueren precisos añade algo más a la mera existencia de medidas de apoyo, pues en caso contrario sería redundante. Exige que el apoyo sea necesario para ese concreto negocio y en ese concreto momento, de donde resulta que el ejercicio de la acción de anulación está condicionado por un doble requisito: que se haya prescindido de los apoyos previstos, y que fueren precisos.

Y es aquí donde debemos plantearnos: ¿qué apoyos son precisos?

No lo son los voluntarios, porque la persona con discapacidad puede prescindir de ellos; de no ser así se produciría una contradicción, pues las medidas de apoyo que tienen como finalidad ampliar la capacidad de la persona terminarían limitándose a si para un acto con-

creto, pudiendo la persona con discapacidad conformar y expresar su voluntad válidamente, tuviera que contar con el apoyo que ella misma estableció, aunque en ese momento no fuera necesario.

Precisos solo pueden ser los apoyos judiciales, pero además han de serlo con referencia a un acto concreto y en el momento de prestar consentimiento.

Es cierto que pueden plantearse problemas de prueba, pero no cuando el negocio jurídico se haya otorgado con intervención de notario, debido al juicio notarial de capacidad jurídica o discernimiento.

La doctrina ya ha llamado la atención sobre los peligros de una interpretación como la que critico aquí, que favorece el fraude y contradice principios fundamentales de nuestro Derecho Civil, como la prohibición de ir contra los propios actos.

Contesto a mi pregunta inicial señalando que la seguridad del tráfico no resulta menoscabada en la Ley 8/2021, pero que corremos el riesgo de que una interpretación y aplicación errónea de los preceptos del Código Civil que regulan la ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad nos conduzca al antiguo modelo de la incapacitación y privación de derechos de las personas con discapacidad que la Ley trata de superar. ●

La *mili* subrogada

La suerte del soldado en los protocolos notariales



Plácido Barrios Fernández
Notario de Alcalá de Henares (Madrid)

La igualdad es, en pleno siglo XXI, un derecho que muy pocas personas discuten. Pero hubo un tiempo, no muy lejano, en el que quien disponía de mejores rentas podía «comprar» la exención del servicio militar o la vida de un vecino, menos afortunado, que cumpliera las obligaciones de servicio público en su nombre y, en muchos casos, hasta morir por él. Este es un capítulo de la historia de la desigualdad del que los protocolos notariales dan cuenta y detalle.

Ya no existe el servicio militar obligatorio y, por ende, la posibilidad de pagar por no hacerlo, buscar sustituto o reducir el tiempo, pero nuestro Código Civil en su artículo 1043 obliga aún a colacionar «las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la *suerte del soldado*»¹. Esto da una idea de la importancia que llegó a adquirir.

Para encarar este tema, conviene partir de la fundamental *Ordenanza para el Reemplazo del Ejército* de 2 de noviembre de 1837, que sentó las bases de un nuevo sistema de reclutamiento. Estableció el padrón vecinal como paso previo para la recluta, la obligatoria conscripción de los mozos de entre 18 y 25 años, y reguló la formación del reemplazo anual, a través de un sorteo.

El nombre de «quintos» viene de una antigua obligación según la cual uno de cada cinco varones –de ahí el nombre– debía *servir al rey*, disposición que Felipe V retomó en la Ordenanza de 1704. Los quintos permanecieron en el tiempo hasta que el 31 de diciembre de 2001 se aprobó el fin del servicio militar, la popular *mili*.

Igualmente y de manera novedosa esta norma de 1837 quiso hacer frente a las autolesiones para evitar el llamamiento: arrancarse los dientes –imprescindibles para romper el cartucho–, cortarse el dedo índice de la mano diestra –necesario para apretar el gatillo–, etc. Se establecieron sanciones de dos a cuatro años en obras públicas.

Se reconoce por la Ordenanza –y en esto pretendo hacer hincapié aquí, siempre desde la perspectiva notarial– dos maneras de evitar ir a filas: la *redención a metálico* y la *sustitución hombre por hombre*.

Redención a metálico

Obvio es decir que con ella se creaba una clara discriminación atentatoria contra el principio de igualdad. El que tuviera medios económicos podía eludir el servicio, bien pagando a la hacienda pública la cantidad señalada de 6.000 reales (desde 1868, su equivalente, 1.500 pesetas) o buscando un sustituto que, a cambio de una cantidad inferior o pagadera a plazos², se convertiría en *carne de cañón*. Nunca mejor dicho.

El servicio llamado de Ultramar se podía calificar de *ruleta mortal*. Allí muchos perecieron por las enfermedades tropicales contraídas, siendo el período medio de servicio activo de seis años. En torno al 10% de los reclutados acababan en Ultramar.

Las cantidades exigidas no eran menores. Para grupos sociales modestos esas cifras eran casi inalcanzables. Como nos dice algún autor «salvo ayuda celestial o herencia inesperada» les estaba vedada tal posibilidad pues el obrero industrial entonces cobraba de media, por jornal diario, 12 reales, y un jornalero andaluz, trabajando de sol a sol, de 2 a 4 reales más el condumio³.

¹ Hoy no tiene sentido su inclusión en el código. Vide FERNANDEZ HENARES, A. E. «De las instituciones hibernadas del Código Civil» en la revista *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI*, nº 105, sept/octbre. 2022, pp. 55-61. Tampoco, por ejemplo, la referencia a los *oficios enajenados* del art 336.

² Asegurados eso sí a fe notarial.


³ FEIJOO GÓMEZ, A. *Quintas y protesta social en el siglo XIX*, Madrid 1996.

De los soldados reclutados en Madrid entre 1854 y 1888, el grueso procedía de los distritos de Latina e Inclusa, de mayor población jornalera y de trabajadores artesanos. Los que menos aportan son los de Correos y Congreso. Es verdad que aquéllos tenían mayor tasa de emigración y de natalidad. Son además los de menor talla media.

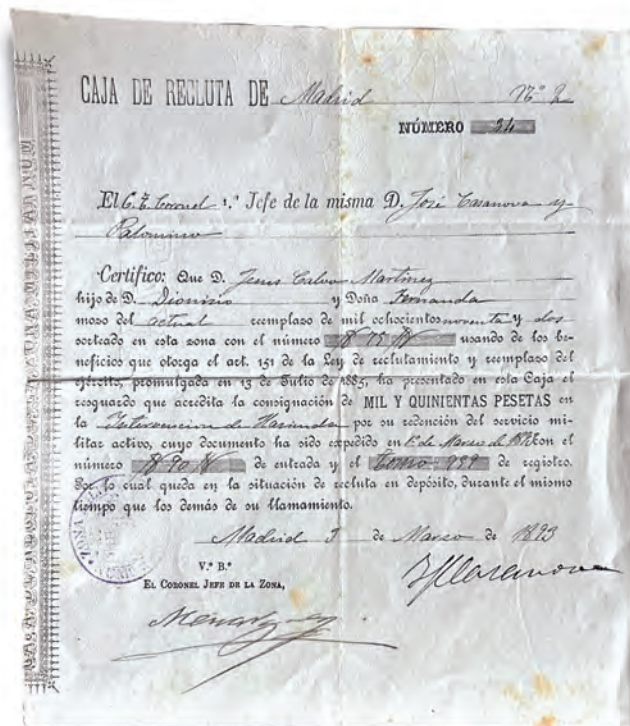
La desigualdad no sólo era social, también geográfica: la cantidad fijada no suponía el mismo esfuerzo en Barcelona que en provincias como Oviedo o en alguna de las gallegas. Ello ayudará a explicar las desigualdades regionales: en Barcelona se redimen entre 1852 y 1867 más del 54% de los quintos. En Orense y Lugo, no llegan al 0,10%. Hubo mozos de ciertas zonas deprimidas que eran reclutados por compañías de seguros –de las que luego trataré– como sustitutos para otras regiones. En Orense apenas se redimieron, pero se «exportaron» sustitutos a otras provincias.

Encontramos en Segovia un supuesto un tanto especial de redención:

Vicente Clemente, de 21 años, ha obtenido la suerte de soldado. Su padre el 12 de diciembre de 1872 bajo fe del notario de Sepúlveda, Angel Collado y Balza, acuerda con Don Patricio de Antonio quien tiene a Vicente como criado, que le anticiparía a éste el dinero de la redención. Vicente por su parte se compromete a seguir sirviéndole durante 7 años «si dicho su amo le hace el anticipo de 1.000 pesetas». El amo le abonaría además 50 pesetas anuales, dándole alimento y calzado «todo con arreglo a su clase y condición».

El tiempo de trabajo nos puede dar idea, como ya antes avanzamos, de la importancia que para una economía modesta (el padre es un labrador⁴) suponían las cantidades estipuladas para la redención. 

Hubo un tiempo en el que quien disponía de mejores rentas podía «comprar» la exención del servicio militar o la vida de un vecino, menos afortunado, que cumpliese las obligaciones de servicio público en su nombre y, en muchos casos, hasta morir por él



⁴ El Don solo antecede al empleador, al que se le identifica como «propietario en Casla».

Con el tiempo proliferaron los *seguros contra quinta*. Incluso sociedades fueron creadas a tal fin. Hubo familias que aseguraban al recién nacido para garantizar su redención cuando llegase la edad de servir. Tuvieron especial auge en la década de 1860. Una de ellas de nombre *El porvenir de las familias*, llegó a facturar 400 millones de reales en 1864.

Durante la guerra de Cuba de 1895 a 1898⁵, funcionaron en España hasta treinta sociedades de redención que consiguen bien la total, bien el canje a un destino peninsular. Las denominaciones de algunas eran muy *apropiadas*: «La Esperanza», «La Libertadora», «La Providencia», «La Amiga de la Juventud».

El esfuerzo familiar fue ingente. Tenemos el que podemos presumir extraordinario de la familia Marrero Domínguez en las Islas Canarias:

En Arucas, el 3 de enero de 1908 comparecen los padres, Antonio Marrero y Doña María del Pino Domínguez, para en su testamento ante el notario de dicha plaza, José Jáimez y Medina, manifestar que: «...con dinero propio del matrimonio han sido redimidos del servicio de las armas sus hijos mayores Juan Manuel, Santiago y Antonio y quieren que se haga lo mismo con los demás hijos varones, aunque fallezcan los otorgantes antes de que hubiesen entrado en quintas, pues es voluntad de que el dinero necesario para ello salga de la herencia de ambos».

Tenían tres hijos varones más.

Ante estas situaciones, algunas personas con recursos recogieron en sus testamentos disposiciones con ánimo filantrópico que permitieron redimir mozos de extracción humilde. Tal es el caso de Ramón Plá y Monge, marqués de Amboage⁶ fallecido en 1892, que dispuso del tercio libre de sus bienes para nacidos en Galicia. Se calcula que gracias a ello hasta 1912 fueron redimidos 4.000 mozos.

En muchos supuestos, y a tenor de lo ordenado por el nuevo Código Civil, el padre obligará a colacionar lo pagado por la redención:

De este modo el sepulvedano Francisco Franco Aparicio ordenó en su testamento de 6 de septiembre de 1898 que su hijo Segundo colacionara las 834 pesetas que

La desigualdad no sólo era social, también geográfica: la cantidad fijada no suponía el mismo esfuerzo en Barcelona que en provincias como Oviedo o en alguna de las gallegas



Hubo padres que, para retener a sus hijos y ahorrarles una muerte que intuían segura, no dudaron en endeudarse e hipotecar sus propiedades

⁵ En 1897 se estableció un **recargo especial de guerra** sobre el timbre, sello de color negro que todavía hoy nos llama la atención al verlo en los protocolos.

⁶ Había hecho su fortuna en Cuba. Su hijo mandó construir el palacio hoy ocupado por la embajada italiana en la madrileña calle de Juan Bravo.

Cruz

N. 0.485.202



termino le concedo el termino de quatro dias para la formacion y presentacion del oportuno expediente justificativo de que es le enterio.

N.º 60 Procedim. Manuel Carrio Ulla, de José y Carmenita Sorteable. Alta 1780 milímetros. Hechole la invitacion que pre viene la Ley, desp que ninguna excepcion le asistia, y en su consecuencia el Ayuntamiento con el Sindico, acordo declararlo soldado sorteable.

N.º 61 Dificida Antonio Raposo Suarez, de Román y Sofia. Sorteable. Calla 1610 milímetros. Nada alego opeior de la invitacion de ley; y en vista de esto el Ayuntamiento acordo declararlo soldado sorteable.

N.º 62 Couro. Jose Torbal Paz, de Manuel y Sofia. Sorteable. Calla 1610 milímetros. Invitado conforme al art. 77 nada alego por cuya razon el Ayuntamiento acordo declararlo soldado sorteable.

N.º 63 Couro. Andres Parco Suarez de Manuel y ella muela. Sorteable. Calla 1610 milímetros. A la invita cion de ley que se le hizo, manifiesto que nin guna excepcion le asistia, y en su virtud el Ayuntamiento acordo declararlo soldado sorteable.

Numero 64 Couro. Ricardo Maide Civaldes de Cayetano y Antonia. Caltado este mozo se le halló la Caltado este mozo se le halló la de 1480 milímetros: nada alego ni el caso se habiendole invitado, mas en vista de su talla el Ayuntamiento con su Sindico, acordo declararlo totalmente excluido del servicio militar.
talle inferior

le había dado al casarse y «las 1.500 de su redención de la suerte de soldado».

Tenemos mejoras testamentarias por el importe de la redención en escrituras autorizadas por el mencionado notario de Sepúlveda, Collado y Balza:

Rafaela Bergaño, mujer de un escribano, muere joven en 1874, pues testa ya grave con treinta y tres años de edad, dejando seis hijos, y en el suyo mejora al más pequeño, Mariano, en 8.000 reales para redimirle la suerte de soldado.

En 1879, testa Josefa Corcos, viuda, nombrando tutor de su hijo menor, encargándole se preocupara de su educación y colocación. Al hijo le deja 8.000 mil reales para redimirle de la suerte de soldado *si le tocara*, a título de mejora, y una cama completa, y ropa de vestir.

Por último, constatar que incluso los *prófugos* se podían coger a la redención. Como Miguel Pujol, soldado en la quinta del 1855, quien había sido detenido por prófugo. Para conseguir su libertad, Juan Donay comparece en Gràcia (Barcelona) ante el notario Odón Astort el 19 de abril de 1856 garantizando su presentación ante el Señor Alcalde «o en otro caso que hará efectiva donde corresponda la cantidad de seis mil reales vellón que es la señalada... para la redención del servicio...».

Sustitución

Viene recogida en el artículo 89 y siguientes de la Ordenanza, disponiendo quiénes podrían ser sustitutos. También que los sustituidos serían responsables de los que fuesen en su lugar, y si éstos desertaban antes de cumplirse el primer año, el sustituido debería incorporarse como recluta.

Es el año de responsabilidad al que se refiere la escritura autorizada en Alcalá de Henares el 1 de julio de 1870 por Gregorio Azaña Rajas, abuelo del que fuera Presidente de la República.

Se detectaron hijos de viuda o únicos de padre sexagenario pobre que, estando en principio exentos de reclutamiento, por motivos económicos *se vendían* para ocupar el puesto de otro.

El coste medio de la sustitución en el período 1865-1868 en Málaga fue entre 3.000 y 4.000 reales y en Asturias entre 1838 y 1860, 3.000 reales. Lo que parece evidente es que el precio de la sustitución era siempre más barato que el de la redención.

Además del metálico en algunos se acuerda la entrega al sustituto de prendas de vestir.

En los 230 examinados en Asturias en el período antes mencionado⁷ encontramos: «le entregarán para su marcha un vestido y unos zapatos nuevos», «un vestido

En algunas zonas, en fin, se optaría como mal menor por la emigración. En Asturias se constata a mediados del siglo XIX una inusual salida ultramarina de varones de 15 a 16 años

completo, del traje del país... como lo usan los aldeanos de su clase...». Podemos presumir que éstos no andaban sobrados de indumentaria.

Ni que decir tiene que estas *exenciones* que permitían eludir el ingreso en filas tuvieron un fuerte impacto y rechazo social. En los acalorados debates parlamentarios de la época encontramos críticas, como la del diputado Sr. Orense, del siguiente tenor: «La contribución de sangre...la más injusta y opresiva al pueblo pobre, que ve condenados sus hijos á tomar forzosamente las armas, al paso que los ricos se libran por el dinero...».

Hubo padres que, para retener a sus hijos y ahorrarles una muerte que intuían segura, no dudaron en endeudarse e hipotecar sus propiedades:

El 29 de noviembre de 1858, Tomás Vílchez, vecino de Torredelcampo (Jaén) para poder redimir a su hijo Juan Manuel de la suerte de soldado «con los 6000 reales según previene la ley», hipoteca «un olivar con 150 matas en el sitio de la Primera Cañada de este ruedo y termino».

De igual modo hijos desesperados que ven en la sustitución una posible salida:

Un huérfano residente en el hospicio de Oviedo, manifiesta ante escribano: «Que por consecuencia de ser hijo natural de Francisco Martínez e Isabel Fernández ... en atención a verse abandonado de sus dichos padres, quienes sin embargo de haberle reconocido, no han cuidado de su crianza, ni alimento, pues le abandonaron... para poder subsistir se vio precisado a cambiar de número⁸...».

También se verán impelidos a ello por causa de deudas paternas, como víctimas o moneda de pago de dicho endeudamiento: Manuel González, de Sograndio (Oviedo), de los 3.000 reales por los que se contrata, «1.995 se los entregará a Jose Muñiz Miranda, a quien se los está debiendo el padre de Manuel... más dos fanegas de escanda que también le adeuda...»

⁷ MORO BARREÑADA. J.M. «La contribución de sangre en Asturias: servicio militar, traficantes y sustitutos de quintos», en revista *Ástura*, nº 2, Oviedo, 1984.

⁸ Una de las formas de sustitución de soldado.

Muchos sustitutos en previsión de un fatal y no tan improbable desenlace⁹ indicaban quiénes recibirían la parte pendiente de cobro: El 29 de julio de 1867, Manuel Gómez pacta ante el notario de Cangas de Tineo (Asturias), Francisco Pérez, la sustitución de su hijo, Faustino, con el jornalero Álvaro Menéndez de 28 años. Si éste falleciere, la cantidad pactada, 3.000 reales, la percibirían sus hermanas.

De igual modo lo hizo en Torredelcampo (Jaén) el 21 de febrero de 1849, Manuel Rubio Blanca ante escribano. Tenemos constancia del fallecimiento de este sustituto durante el servicio.

Algún sustituido querrá eludir el pago de lo pactado:

José Boronat Martí, de Calpe (Alicante) pacta con Francisco Pérez Baldó que le sustituya. Francisco cumple su parte del trato, no haciéndolo el primero que se fuga a Argelia para no pagar.

Los llamados *empresarios de quintas*, proliferarán cada vez más dedicándose a buscar sustitutos de manera profesional:

En sendas escrituras autorizadas en Madrid bajo fe del notario Joaquín Moreno Caballero, los días 28 de octubre y 16 de noviembre de 1897, Francisco Cernuda Planas se obliga a encontrar sustitutos de los llamados a filas. En ambas se hace constar de manera expresa que el señor Cernuda Planas «se dedica a la sustitución de reclutas» y que ambas partes «se han puesto de acuerdo con el fin de que por su mediación sea sustituido el recluta».

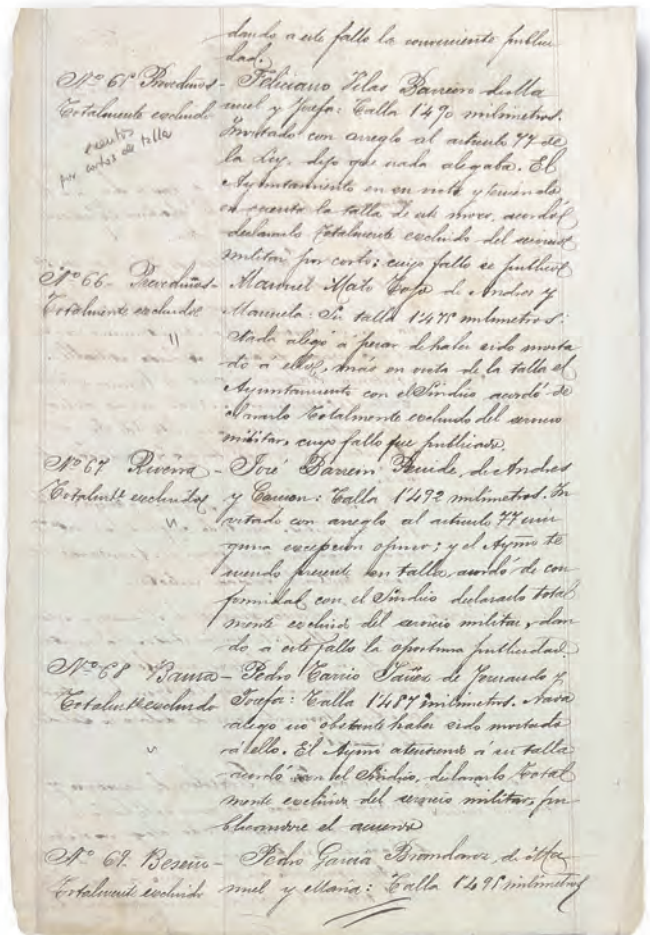
En el examen de las escrituras de sustitución del Archivo de Protocolos de Asturias, aparece en 49 ocasiones un mismo intermediario, Santiago Gómez Azcona. Otro, Juan Gómez, lo hace en otras 32 escrituras.

En algunas zonas, en fin, se optaría como mal menor por la emigración. En Asturias se constata a mediados del siglo XIX una inusual salida ultramarina de varones de 15 a 16 años¹⁰.

El precio del pasaje, equipaje incluido, no superaba entonces de media los 1.500 reales, siempre inferior a la redención o a la sustitución y de este modo se abría la esperanza de mejorar fortuna.

Colofón

Sólo en 1912 desaparecieron estas posibilidades tan sangrantes. Aunque esta norma estableció los llamados *soldados de cuota*, permitiendo reducir el servicio en filas a cambio de una cantidad en metálico: contra el pago de 1.000 pesetas el servicio pasaba de tres años a diez meses y por 2.000 pesetas, quedaba en cinco meses. En cualquier caso, todos servían y ya no cabían sustitutos. ●



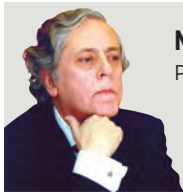
La talla mínima era de 1,53 metros.

Sólo en 1912 desaparecieron estas posibilidades tan sangrantes

⁹ De tradición oral, refranes como «hijo quinto y sorteado, hijo muerto y no enterrado».

¹⁰ Desde 1846 se denegaba el pasaporte a quien, hallándose entre los 16 y los 25 años, no acreditara licencia absoluta, lo cual nunca evitó la emigración clandestina.

Sobre el ceremonial



Miguel Ángel Aguilar
Periodista

En estos días, la coronación de Carlos III en Westminster, ha brindado a mayores y pequeños del mundo entero una desconcertante mixtura de arcaísmo y carnaval devolviendo máxima actualidad a las reflexiones *Sobre el poder* de William Shakespeare, que fueron incluidas en la serie magistral *Great Ideas* lanzada por Penguin Books, cuya versión española publicó Taurus en 2012. Los textos que la componen figuran agrupados en cuatro capítulos: El poder en el Gobierno; El poder en la familia; El poder en la guerra y la violencia y El poder del amor, entre hombres y mujeres. De las lecciones que el libro encierra, podrían destacarse, por ejemplo, las siguientes:

1.- en el Acto III, Escena III de *Hamlet, príncipe de Dinamarca*, Rosencrantz sostiene que: “Cuando sucumbe



www.royal.uk

el monarca, la majestad real no muere sola, sino que, como un vórtice, arrastra consigo cuanto la rodea; es como una formidable rueda fija en la cumbre de una altísima montaña, y a cuyos enormes rayos están sujetas y adheridas diez mil piezas menores, que, al derrumbarse, arrastra consigo todos esos débiles adminículos que, como séquito mezquino, le acompañan en su impetuosa ruina”. Y concluye: “Nunca exhaló el rey a solas un suspiro sin que gima con él la nación entera”.

2.- en *El rey Ricardo II*, Acto III, Escena II, es el propio protagonista quien recomienda: “Dejad a un lado el respeto, la tradición, las formas, la cortesía de etiqueta, pues no habéis hecho todo este tiempo sino engañarme. Vivo de pan como vosotros; como vosotros, siento la necesidad, saboreo el dolor, necesito amigos”. Y se pregunta: “Siendo pues, esclavo de todo esto, ¿cómo podéis decirme que soy rey?”.

3.- en *La vida del rey Enrique V*, Acto IV, Escena I el monarca en un soliloquio se interroga: “¿qué poseen los reyes que no posean también los simples particulares, si no es el ceremonial, el perpetuo ceremonial? Y ¿qué eres tú, ídolo del ceremonial, qué clase de dios eres, que sufres más los dolores mortales de tus adoradores?”

¿Dónde están tus rentas? ¿Dónde tus provechos? ¡Oh ceremonial! ¡Muéstrame lo que vales! ¿Qué tienes que te hace digno de adoración? ¿Hay en ti otra cosa que una situación, una condición, una forma, que crean en los otros hombres el respeto y el temor? Tú aportas menos dicha, puesto que engendras el temor, que no poseen los que temen. ¿Qué bebes con demasiada frecuencia, en lugar de un tierno homenaje, si no la lisonja emponzoñada?”. Y exclama con humor: “¡Oh, poderosa grandeza, muéstrate enferma y ordena luego a tu ceremonial curarte!”.

¿Qué poseen los reyes que no posean también los simples particulares, si no es el ceremonial, el perpetuo ceremonial?

Llegados aquí, conviene observar que todo ceremonial con una mínima consistencia implica un protocolo de precedencias y honores y prescribe un determinado código de vestimenta al que deben atenerse quienes hayan sido convocados, según se hace constar en las invitaciones formales bajo el epígrafe de *etiqueta* o *dress code*. En los ámbitos eclesiástico y castrense es en los que con mayor precisión se establecen las exigencias indumentarias, habida cuenta de que son las dos liturgias mejor definidas y más respetadas ya sea en las ceremonias festivas o en las funerarias, donde se gradúan los honores a rendir con precisión milimétrica. En ambas se determinan los ornamentos -vestiduras sagradas- que han de usar los clérigos celebrantes, o la uniformidad -Gran etiqueta, Etiqueta, Gala, Especial relevancia, Diario y Trabajo en sus diferentes modalidades- que han de vestir los militares, según lo dispuesto en la Orden Ministerial de Defensa DEF/1282/2019, de 19 de diciembre, por la que se modificaba la Orden DEF/1756/2016, de 28 de octubre, relativa a las normas de uniformidad y a los emblemas de las armas y cuerpos de las Fuerzas Armadas.

Del respeto que merece la uniformidad puede dar idea el hecho de que la autoridad a quien se rinden honores haya de pasar revista a la formación, un rito cargado de simbolismo que pretende verificar la exactitud con que se cumple la etiqueta marcada para los que están presentando armas en filas. Sobre la vestimenta requerida en ocasiones señaladas trata la parábola que narra Mateo en el capítulo 22 de su Evangelio, donde Jesús compara el reino de los cielos con un rey que preparó el banquete de bodas a su hijo y envió a sus criados para que avisaran a los invitados, los cuales, desdeñosos, se excusaron de acudir y, entonces, dijo a sus siervos que

salieran a los caminos y que a cuantos encontraran los llamaran a las bodas y la sala quedó llena de convidados. Entró el rey para ver a los que estaban a la mesa, vio allí a un hombre que no llevaba traje de boda y le dijo “amigo, ¿cómo has entrado aquí sin el vestido de boda?”. Él enmudeció y el rey ordenó que le ataran de pies y manos y lo arrojaron a las tinieblas exteriores donde habrá llanto y crujir de dientes.

Ahora, se diría que la cólera de Yavé se ha trocado en tolerancia benévola respecto a las infracciones indumentarias en las que muchos incurrir, ya sea por mero abandono y desaliño, ya sea por el propósito deliberado de llamar la atención. En ambos casos los infractores se saben a cubierto de cualquier riesgo de expulsión a las tinieblas y suficientemente empoderados como para replicar aquello de “usted no sabe con quién está hablando” a quien tuviera la osadía de leerles la cartilla. Ejemplos de esas actitudes pueden encontrarse de un lado y de otro. Así, tras el último parte de guerra del 1 de abril de 1939 -el de “la guerra ha terminado”-, los periódicos, por supuesto de los vencedores, insertaban anuncios de sombrererías bajo el lema de “los rojos no usaban sombrero”. Es decir, estimulando el despeje de cualquier equívoco cubriéndose con un sombrero que alejara a su portador de riesgos por asimilación en tiempos de juicios sumarísimos y fusilamientos. También ahora, salvadas las distancias de aquella época, para distinguirse de Pablo Manuel Iglesias y de los profetas del *sinco* que le siguen, algunos se anudan la corbata como si fuera la bandera de Iwo Jima.

Todo ceremonial con una mínima consistencia implica un protocolo de precedencias y honores y prescribe un determinado código de vestimenta

La informalidad en la indumentaria cundió, de modo que tras las elecciones generales del 28 de abril de 2019 y las del 10 de noviembre de ese mismo año, algunos de “los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria” se exhibieron descorbatados en el palacio de la Zarzuela donde acudieron para la preceptiva consulta con el Rey, a que se refiere el artículo 99. 1 de la Constitución. El desaliño tenía precedentes en el Congreso de los Diputados donde aún se recuerdan las palabras del presidente de la Cámara el 20 de julio de 2011 cuando interpeló al ministro de Industria, el socialista Miguel Sebastián, quien se había tomado la libertad de quitarse la corbata. El pretexto que invocó fue que así podría elevarse hasta dos gra- ➡



El diputado Alberto Rodríguez.

dos centígrados la temperatura del aire acondicionado del hemiciclo. Pero, una vez desactivada semejante excusa, José Bono rogó al ministro que “por respeto a los ujieres” volviera a ponerse la corbata. Ruego que fue desatendido. El caso del senador mosén Xirinacs, cuando acudió a finales de 1977 calzado con chirucas y sin corbata a una audiencia con el president Tarradellas, fue diferente. Porque éste, al verle de esa guisa, preguntó “¿Se’n va d’excursió mossèn?” e indicó a su secretaria “acompañe al señor senador a la salida porque no sabíamos que hoy iba de excursión y anda con mucha prisa, sin tiempo para entrevistarse conmigo”.

Veamos ahora sí, como sostienen algunos, la informalidad en el vestir es un signo de proximidad al pueblo o sí, por el contrario, la realidad demuestra que el desaliño indumentario de la *casta* es un signo de su distanciamiento frente a la formalidad a que se ve obligada la *gente*. La visibilidad del caso más extremo, que acaeció el 13 de enero de 2016, en el pleno para la constitución de la XI legislatura, cuando Carolina Bescansa, la diputada de Unidas Podemos, sentada en su escaño, dio de mamar a su bebé, puede ayudar a resolver la disyuntiva. Indiscutible que Bescansa se asegurara una foto de portada, sin otro valor noticioso que su improbabilidad, pero cuestión distinta es que fuera presentada como un gesto de los nuevos tiempos, de mayor cercanía al pueblo. Un periodista amigo desmontó el trampantojo apor-

Se diría que la cólera de Yavé se ha trocado en tolerancia benévola respecto a las infracciones indumentarias en las que muchos incurren

Para distinguirse de Pablo Manuel Iglesias y de los profetas del *sincorbatismo* que le siguen, algunos se anudan la corbata como si fuera la bandera de Iwo Jima

tando el testimonio de una ujier, con más de veinte años de servicio y tres hijos en su haber, quien interrogada al efecto le había confesado que nunca había dado de mamar en el mostrador a ninguno de ellos porque había en la planta de abajo una sala para hacerlo. O sea, que una ujier, que forma parte de la *gente*, lo hace donde corresponde, mientras que una diputada, que pertenece a la *casta*, se permite el desafío impune de la norma para hacerlo desde el escaño. Continuará. ●



¿Qué significa ser Amigo?

Colabora, contribuye,
forma parte del Museo del Prado



Fundación Amigos Museo del Prado
www.amigosemuseoprado.org

Joaquín Sorolla, *Aureliano de Beruete y Moret, hijo* (detalle), 1902 © Museo Nacional del Prado
Donación de la Fundación Amigos del Museo del Prado

Un escrutinio exhaustivo del alma humana

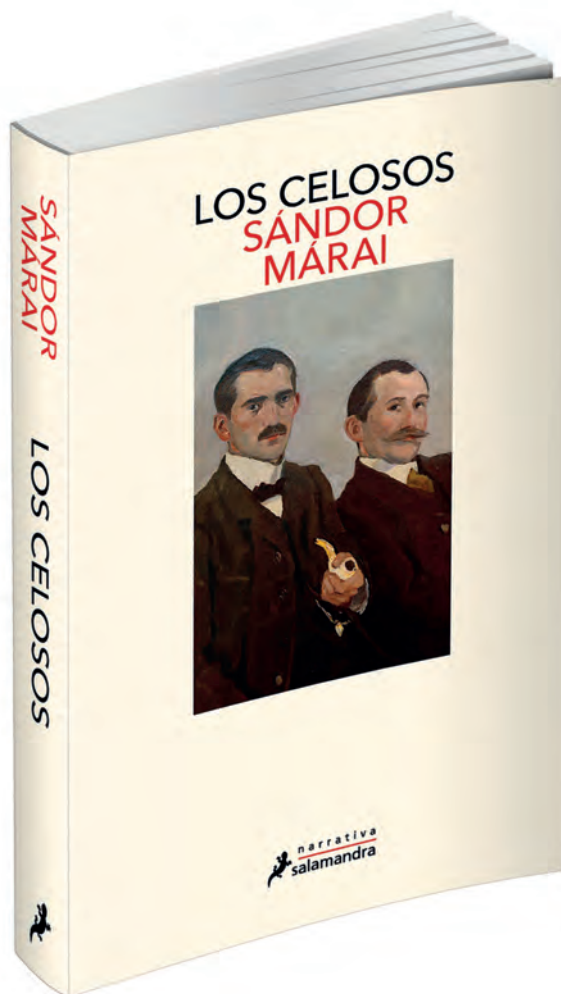
En *Los Celosos*, 2ª parte del ciclo de la saga Garren, SANDOR MARAI hace un magistral análisis psicológico de las relaciones entre los familiares reunidos en torno al Patriarca de la saga, *el Padre*, moribundo en la casa-madre, en una atmósfera de espera espesa y elocuente



José Aristónico García Sánchez
Presidente de El Notario del Siglo XXI

Sabido es que en la Europa de la primera mitad del siglo XX, entre el desorden mundial que siguió a la Gran Guerra, se produjo una explosión artística de ruptura radical. Todo había muerto, todo debía cambiar. La pintura, la poesía, la arquitectura, la danza o el cine resplandecían desde Weimar, Viena, Berlín o París bajo nuevos parámetros de rebeldía frente a la *ortodoxia burguesa*. Y si nos fijamos en la gran novela, aquella Europa conmovida empezó a recibir entregas insólitas, como las de Proust de 1913 a 1927, la del Ulises de Joyce en 1920, o la *Montaña mágica* de Mann en 1924.

Con esta pléyade rupturista convivió, sin embargo, una brillante generación de escritores centroeuropeos que sufrieron y lamentaron con nostalgia la descomposición de los imperios y la imparable transformación de las clases sociales. Entre ellos **Roth o Zweig**, por ejemplo, que derrocharon maestría y obtuvieron también merecido éxito mundial desde sus primeras entregas. Triste es sin embargo que junto a ellos, olvidado y proscribido durante décadas, emergiera y luego permaneciera eclipsado, un autor sensitivo, quizá el más intimista y emotivo de aquella pléyade de escritores de la *mittel-*



La caída del Muro de Berlín fue el punto de salida para que su obra -que había permanecido décadas arrestada- empezara a salir de nuevo a la luz y alcanzara un segundo y clamoroso triunfo

Con una pléyade rupturista convivió, otra brillante generación de escritores centroeuropeos que sufrieron y lamentaron con nostalgia la descomposición de los imperios y la imparabable transformación de las clases sociales

Europa de entreguerras que miraban hacia atrás, el título de Zweig *El mundo de ayer* es paradigma, entonando lamentos al desmoronamiento de los valores de una sociedad que desaparecería para siempre.

Me refiero a **Sándor MARAI**, del que en esta revista ha hecho mención en varias ocasiones. Había nacido en 1900 en Kassia, actual Eslovaquia, de origen sajón y judío, que, aunque empezó escribiendo en alemán en su primer su periplo profesional en Frankfurt, Weimar y Leipzig, las ciudades de Goethe cuyo genio parecía acompañarle como una sombra, terminó adoptando el húngaro, su lengua materna, para escribir sus grandes novelas que en la década de los 30 le dieron un prestigio comparable al de Zweig o Mann. Pero, rebelde y profundamente liberal y antifascista, sufrió una madurez condenada a exilio permanente y con él al olvido.

Primero fue perseguido por los nazis durante la ocupación de Hungría en 1941, aunque su fama le libró de las peores represalias. Pero a partir de 1945 lo fue por los soviets. Comprobar que la que se presumía liberación del yugo nazi comportaba una regresión peor, la de los bolcheviques, que prohibieron y anatimizaron toda su obra por *burguesa*, le obligo a exiliarse otra vez, ahora a Estados Unidos, donde terminó suicidándose en 1989, como antes lo había hecho Zweig en 1944 en Brasil, él en San Diego, olvidado y sumido en la desesperanza y la depresión.

La caída del Muro de Berlín, precisamente ese mismo año, cosa que él no conoció (como Zweig tampoco conoció la derrota de Hitler, otro paralelismo siniestro), fue el punto de salida para que su obra --que había permanecido décadas arrestada-- empezara a salir de nuevo a la luz y alcanzara un segundo y clamoroso triunfo y Marai



Sándor Marai.

fuera otra vez entronizado de forma póstuma en el podio al que la sociedad de los años 40 le había ensalzado y de donde fue destronado burdamente por la barbarie bolchevique.

En España empezaron a aparecer a comienzos de este siglo pequeñas obras maestras, algunas inéditas, verdaderas joyas de literatura intimista todas, de algunas de las cuales esta revista se fue haciendo eco: *‘Confesiones de un burgués’, ‘El último encuentro’, ‘La extraña’, ‘Liberación’...* Y otras muchas, siempre en prosa sobria y desnuda pero emotiva, describiendo magistralmente personajes y atmósferas con realismo e inaudita sensibilidad en una exquisita combinación del psicoanálisis naciente con la nostalgia decadente con que aquella

En España empezaron a aparecer a comienzos de este siglo pequeñas obras maestras *‘Confesiones de un burgués’, ‘El último encuentro’, ‘La extraña’, ‘Liberación’...* Y otras muchas, siempre en prosa sobria y desnuda pero emotiva en una exquisita combinación del psicoanálisis naciente con la nostalgia decadente

Faltaba por editar la magna obra de Marai, la más ambiciosa, la historia de una saga húngara que declina, escrita al estilo de la obra que Thomas Mann dedicó a una familia alemana en decadencia progresiva e imparable, *Los Buddenbrook*, inspirada según reconoció el propio autor en la tetralogía wagneriana *El anillo del Nibelungo*



Foto: Dominio público/ Colección Archivo Nacional de Brasil.

Zweig también recordó con añoranza tiempos pasados.

generación de escritores veía deshacerse el dorado imperio austrohúngaro y los valores de aquella sociedad burguesa, ahora en vías de extinción, que lo sustentaban, idea que subraya y reitera en la temática de las novelas que han ido aflorando en estas dos décadas.

Faltaba por editar la magna obra de Marai, la más ambiciosa, la historia de una saga húngara que declina, escrita al estilo de la obra que **Thomas Mann** dedicó a una familia alemana en decadencia progresiva e imparable, **Los Buddenbrook** inspirada, según reconoció el propio autor en la tetralogía wagneriana *El anillo del Nibelungo*, publicada en 1901 que obtuvo en toda Europa un éxito rotundo y fue decisiva, según consta en el acta del Jurado, para conceder a su autor el premio Nobel de literatura en 1929.

A imagen de esta obra, Sandor Marai asumió durante décadas la tarea de diseccionar, al modo de una autopsia psíquica, la saga de una familia húngara, los GARREN en su discurrir por el escenario político y social de la Europa de entreguerras. El Ciclo se desarrolla en tres fases. Empieza con *Los Rebeldes* publicada en 1931 y revisada al final de su vida en América que narra la rebeldía de cuatro jóvenes contra su llamada a filas en los estertores de la Gran Guerra en 1918, sigue con *Los Celosos* y termina con *Los Ofendidos*.

Ahora acaba de aparecer la segunda **Los Celosos** (Ed. Salamandra, marzo 2023), la que narra la lenta agonía del patriarca de la dinastía, Gabor GARREN, el Padre, rodeado de sus hijos y cortejado y escoltado en su entierro por el obispo, el alcalde y toda la ciudad.

Es una obra sin acción. Todo ocurre en dos semanas en un solo escenario, la mansión ancestral que había fundado hace tres generaciones *Matyas Garren*, donde se han reunido los cinco hijos del Padre agonizante que han vuelto desde lugares diversos a la ciudad natal, a la casa-madre de la familia Garren, el hogar de su infancia, a esperar la muerte del patriarca. Es una espera agónica y elocuente, que hace aflorar viejos recuerdos, rencores

soterrados y envidias corrosivas. *Todos se habían instalado con el disfraz asignado y todos sabían de memoria su papel y ahora ni uno de ellos se atrevía a formular la pregunta que los había reunido allí y los mantenía sumidos en un estado de tensión y embrujo permanente...* con la sensación para el más sensato de los hijos de que, tras tanta espera apremiante, *ya era hora de que Padre muriera con la triste conclusión de que la familia, en determinados momentos pacta la vida o la muerte, como una pandilla de criminales...*

La obra es una enciclopedia de psicoanálisis con una perspicaz y agotadora penetración en el subconsciente de los personajes que deja descarnados y al descubierto sus anhelos, su voracidad, sus frustraciones y sus recelos.

La refinada estilística de **Marai** sumerge al lector en la atmósfera melancólica y asfixiante que rodea la escena y que evoca remembranzas del ya dicho desmoronamiento desintegrador del imperio centroeuropeo que la Gran Guerra provocó y de la clase social que lo sustentaba, la burguesía, condenada ahora a su extinción. Todo en una combinación exquisita de psicoanálisis y nihilismo expuesta primorosamente con matices de una sutileza desconocida.

Todo ocurre en dos semanas en un solo escenario, la mansión ancestral donde se han reunido los cinco hijos del Padre agonizante que han vuelto desde lugares diversos a la ciudad natal, a esperar la muerte del patriarca. Es una espera agónica y elocuente, que hace aflorar viejos recuerdos, rencores soterrados y envidias corrosivas

La refinada estilística de Marai sumerge al lector en la atmósfera melancólica y asfixiante que rodea la escena y que evoca memorias del desmoronamiento desintegrador del imperio centroeuropeo y de la clase social que lo sustentaba, la burguesía, condenada ahora a su extinción. Todo en una combinación exquisita de psicoanálisis y nihilismo expuesta primorosamente con matices de una sutileza desconocida

Marai profundiza tras la muerte del Padre moribundo, sobre el *amor paterno*, tan sencillo y al mismo tiempo *tan complejo como el aire*, y cuyas partículas de responsabilidad y preocupación, la química de los sentimientos, es incapaz de analizar.

Escarba en las relaciones interfamiliares de los hijos. Magistral es el análisis psíquico que hace Marai del hijo protagonista, Peter, y de las relaciones con su mujer, la diva de la ópera, Edith, y con su amante Karo, y de éstas entre sí. Y de Albert, el hermano traidor, que ha metido en la familia a una esposa sin clase, inmoral e insoportable, que avergüenza a la familia y que nadie reconocía como Garren. Como tampoco terminan de reconocer a la señora Erzsebet, la tercera esposa del Padre y madre de su hijo menor, también ella desconfiaba con razón de la cortesía y deferencia llamativas de los *auténticos* Garret, que en realidad podría ser una ofensa refinadamente planeada por ellos como autodefensa callada y llena de mala intención, viuda a la que quizá Padre hizo entrar en su vida y en su cama como una especie de castigo poco severo para ellos.

Y no es solo el escrutinio profundo del sentir de los personajes. Además, flota siempre sobre toda la narración un imperceptible y sutil simbolismo de alcance a valores universales. Simbolismo hay en la descripción de esa ciudad viva, que *sufría de nervios*, que se sentía culpable, sumida hasta el cuello en la vergüenza tras la llegada de los extranjeros, en los que subsume a todos los invasores, y en el azote de un vendaval frío que arrancó una gárgola de la torre de la catedral que representaba a un impúdico gnomo simiesco con símbolos nada edificantes, y que difundió al tiempo alguna sustancia infecciosa que sembró el pánico en la ciudad, gárgola que terminó arrastrada por un gendarme hasta comisaría.

Como simbólico paradigma del capitalismo que empezaba entonces a invadir a Europa, es el poderoso comer-



El periodo de entreguerras fue un momento álgido pero efímero para la burguesía.

Y no es solo el escrutinio profundo del sentir de los personajes. Además, flota siempre sobre toda la narración un imperceptible y sutil simbolismo de alcance a valores universales

ciante, *siempre atento y al acecho*, Emmanuel, patrón del protagonista y dueño del mundo entero, --todos esclavos de unos cuantos Emmanueles-- *que quería ser bueno, pero en el último momento... su mano le desobedecía.*

Elegante, de una riqueza cromática inusitada, con vocación de trascendencia a categorías universales, indagadora implacable del pozo psicológico de las miserias y sentimientos más íntimos y complejos, incluso los inconscientes o subconscientes, de la mente humana, en larguísimas y sutiles indagaciones, rebosantes de finura intelectual y humana. ●

Normas de estilo para la publicación de artículos

Envío

Los trabajos originales deben enviarse por correo electrónico a revista@madrid.notariado.org y vendrán acompañados de un breve cv, publicaciones y trabajos del autor, así como teléfono y dirección de contacto. La Dirección acusará recibo de su recepción.

Evaluación

Los artículos serán sometidos a evaluación externa (método de pares ciego) durante el mes siguiente a su recepción. Dicho cometido corresponde a los miembros del Comité Editorial Asesor con tres posibilidades: aceptación del artículo, aceptación condicionada a la revisión propuesta y rechazo de la publicación. Ello sin perjuicio de que el Comité de Dirección pueda no aceptar la publicación de aquellos trabajos que no cumplan las reglas de extensión máxima o de estilo de la revista. Cualquiera que sea la decisión adoptada, se comunicará por escrito a los autores. La comunicación contendrá la oportuna motivación y, en su caso, el resumen del dictamen de la evaluación externa.

Extensión

Los artículos publicados en EL NOTARIO DEL SIGLO XXI han de ser siempre de contenido original, y no excesivamente largos. Deben mantenerse entre 1 y 3 páginas convencionales (tipo Arial 11, interlineado sencillo), equivalente a entre 1.500 y 2.500 palabras (máximo 13.000 caracteres sin espacios, 15.000 con espacios).

Redacción

Los artículos han de utilizar el estilo propio de colaboraciones periódicas: frases y párrafos se suceden de manera natural, evitando numeraciones, guiones, etc. En cambio, las distintas partes del artículo pueden ir separadas por **pequeños titulares o subtítulos (ladillos)** de no más de 8 palabras. Debe limitarse el número de notas al pie de página como máximo a 2 ó 3, siempre breves.

Edición

En el texto, es posible utilizar negritas moderadamente y sólo para alguna palabra que se desee expresamente destacar, y *cursivas* para citas, referencias, etc. No se usarán subrayados, ya que no aparecerán en el texto impreso.

Destacados

Le rogamos que subraye dentro del artículo aquellos párrafos que usted considera que, por su importancia, debemos llevar a “destacados” (párrafos que aparecen intercalados en el texto con letra de mayor tamaño). Dichos destacados no podrán tener una extensión superior a **30 palabras**.

Resumen y “Palabras clave”

Se redactará un resumen (abstract) en torno a **unas 10 líneas** del artículo, que posteriormente traduciremos al inglés. Asimismo, al final del resumen se insertará el subtítulo “Palabras Clave:”, seguido de un máximo de **tres palabras clave** que la identifiquen en su contenido.

Bibliografía

Se valorará la introducción de bibliografía que contemplen las referencias de documentos impresos, biblioherográficos, electrónicos y audiovisuales citados en el cuerpo de la colaboración. Los autores consultados, pero no citados, no se incluyen en las referencias. La cita puede hacerse según las normas del Manual de Publicación APA (en orden alfabético) o el Vancouver (en orden de aparición), respetando la concordancia entre las citas realizadas en el cuerpo de trabajo y las mencionadas en las referencias.

E-mail

Puede incluirse una dirección de correo electrónico del autor junto a la firma del artículo. Dicha inclusión no es imperativa, y por lo tanto queda a su elección.

Fotografía

Con el fin de ilustrar su colaboración, le rogamos nos haga llegar en formato electrónico una fotografía suya de busto, con suficiente resolución para ser impresa (tamaño aproximado 1 MB). Puede hacerla con el teléfono móvil y enviárnosla por Whatsapp.

Consejos para obtener una buena fotografía:

- Ubicarse de frente a la luz evitando sombras en la cara.
- Elegir un lugar con fondo uniforme (pared, cortina, etc)
- Hacer un encuadre centrado, sin cortar la silueta en todo su contorno (cabeza, hombros y brazos).

Ilustración

Con el fin de adaptar la maquetación de la colaboración al contenido del artículo, se sugiere a los autores que faciliten ideas de ilustración para el mismo, pudiendo indicar incluso pies de foto para las imágenes.

Plazos

Por último, y aunque comprendemos que esto entraña particular dificultad, le encarecemos un esfuerzo adicional para el cumplimiento de los plazos de llegada de los originales.

PROMOCIÓN AMORÓS 11
MADRID

6 VIVIENDAS DE DISEÑO

TRASTEROS Y GARAJES

SUPERFICIES: 185 - 290m² PRECIOS: 995.000 - 1.720.000€

DOMOTICA



VERDAGUER ARQUITECTOS



GEOTERMIA



VERDAGUER ARQUITECTOS



VERDAGUER ARQUITECTOS

INFORMACIÓN Y VISITAS GUIADAS

miguelangelverdaguier@gmail.com

VERDAGUER.ARQUITECTOS

+34 629293778

¿ESTÁ SU PROGRAMA DE GESTIÓN A LA ALTURA DE SU DESPACHO?



NOTARÍA

optima
ultimate

- Software de gestión integral para notarías
- Flexible y fácil de usar
- Atención inmediata y personalizada
- En continua evolución

MTCSoft
software a medida

Calle Concepción, 47
18009 Granada
+ 34 958 215 280
info@optimaultimate.es

Paseo de la Castellana, 200
28046 Madrid
+ 34 919 047 037
madrid@mtcsoft.es