

LaNotaria

Número 3 | 2010

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

50 aniversario de la Compilación del Derecho Civil catalán

Un hito jurídico, social e histórico

Artículos de Roberto Follia Camps, Lluís Jou Mirabent
y Miquel Miralles Bellmunt

**“Hace falta una Ley de Seguridad
Jurídica Preventiva”**

Entrevista a FRANCISCO CAAMAÑO, Ministro de Justicia

**“Cuento muy especialmente con el Colegio
de Notarios en esta última etapa
de la codificación del Código Civil catalán”**

Entrevista a PILAR FERNÁNDEZ BOZAL, Consellera de Justicia

**“Construcción/deconstrucción
del Derecho de Sociedades”**

por Manuel Olivencia

TRIBUNA

Palmira Delgado Martín
José-Félix Belloch Julbe
María Angels Vallvé i Ribera

Respuestas frente
a actuaciones contra
Notarios

PRÁCTICA

Instituciones
de protección
de la persona

La pareja estable
y las relaciones convivenciales
de ayuda mutua



LÍDERES

AUTORES

TECNOLOGÍA



INNOVACIÓN

SERVICIOS



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
C/ Collado Mediano, 9
28230 Las Rozas (MADRID)

902 250 500 tel
902 420 012 fax
clientes@laley.es

www.laley.es

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

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

Consejo editorial:

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

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño y Producción: LA LEY

ISSN: 0210-427X

D.L.: B. 3.461-1995

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

© 2010 Il·lustre Colegio de Notarios de Catalunya
Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

De la Compilación al Código Civil catalán

La aprobación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, supone, de momento, la culminación del Código Civil catalán, al que, para regular todas las materias que son propias de un código civil, le faltaría la materia relativa a las obligaciones y contratos, o posible futuro Libro VI.

Obviamente, un futuro Libro VI plantea mayores problemas que los ya aprobados, no sólo constitucionales —dado que la base de las obligaciones, art. 149.1.8.ª CE'78, es competencia exclusiva estatal y concretar las mismas puede ser problemático en sí y en su alcance respecto a la ulterior regulación de los contratos en particular— sino que a ello se suma el ingente trabajo realizado por diversos Grupos dentro de la UE, junto a la legislación de ésta, que no puede ser ajena a un CC del siglo XXI, aunque ya esté transpuesta al Ordenamiento Jurídico Español. Ni puede tampoco ocultarse la siempre viva polémica interna española sobre unificación de las obligaciones y contratos en una sola regulación, sin distinguir entre civil y mercantil, ni la relevante incidencia que esta materia tiene en la siempre omnipresente, con diversas finalidades y pretensiones, unidad de mercado.

No es ahora cuestión de detenernos en lo que puede ser dicho futuro, sino de resaltar la trascendencia que para Cataluña, en tantos aspectos y singularmente en el ámbito del Derecho Civil, ha tenido este último medio siglo. En efecto, aunque la Compilación no era un Apéndice, ni puede ocultarse que acabó imponiéndose un claro sistema de fuentes propio, sin embargo no era un cuerpo normativo completo, pues, junto a las remisiones al Código Civil español, se planteaban problemas con sus distintos principios jurídicos inspiradores. Además, como tal Compilación quedaba integrada dentro del sistema del Código Civil español, mientras que el Código es tal código y con idéntica autonomía que cualquier otro código, incluso servía para llenar sus propias lagunas.

Un código civil es un cuerpo completo de normas sobre una determinada materia, en este caso la civil, presidido por unidad de criterio, materia y tiempo. Sobre esto último la aprobación sucesiva de los diversos Libros puede haber dado lugar a alguna colisión, pero ello es lo menor. Lo grave sería no respetar que un código, sin ser algo petrificado, tampoco puede estar al albur de los distintos Gobiernos ni pretensiones del momento, de unos u otros grupos de interés. Ahora procede, antes que rápidas y singulares modificaciones, que la doctrina, la jurisprudencia y los operadores en general lo apliquen y sepan encontrar la solución concreta dentro de sus normas y principios inspiradores.

Sabedores de que es un código, como lo es el CC español, no una Ley especial, las instituciones que no regula le son una institución desconocida, como otros códigos desconocen otras, pero sin que proceda, justo por ser un código, el acudir a otro —aunque se incardine en el mismo sistema constitucional— para aplicar sus instituciones como supletorias. Como, por otra parte, cada vez parece más conveniente la regulación normativa del derecho interregional, y, también, el máximo cuidado en las normas de derecho transitorio, valga el caso de la prescripción, y su no pacífica solución en el ámbito judicial. Así, cabe destacar, por su incidencia en nuestra práctica diaria, la SAP Barcelona, Secc. 1.ª, n.º 131/09, de 24 de marzo de 2009, que precisa el plazo de prescripción de la condición resolutoria explícita, del art. 1504 CC, y está sujeta al plazo de quince años del CC y no al de 30 años que correspondería con la Compilación, ni al actual del CCCat. O, por otro lado, el caso del poder preventivo y el art. 1732 CC. Habrá que tener presentes tanto las disposiciones transitorias como las normas de retroactividad, y, desde luego, el ámbito de aplicación, territorial, material y personal de cada código, y, en todo caso, el máximo respeto a las situaciones ya nacidas.

Finalmente, lo relevante y trascendente es que la obra compiladora, en la que tan relevantísimo influjo tuvo una generación difícilmente repetible del notariado, ha dado el fruto, también relevante y adecuado al siglo XXI, al margen de las puntuales cuestiones en que cada uno podamos discrepar, del Código Civil Catalán. Ahora lo que procede es que los operadores jurídicos, en donde sin duda tiene un papel esencial el notariado, lo apliquen y sepan encontrar el cauce y la solución, dado el amplio juego que en todas las materias se concede a la autonomía de la voluntad, a las necesidades que cada día irán surgiendo entre los ciudadanos catalanes.

Ángel Serrano de Nicolás

Director

Doctor en Derecho

Notario de Barcelona



Editorial

- De la Compilación al Código Civil catalán. Por *Ángel Serrano de Nicolás*



Tribuna

- Construcción/deconstrucción del Derecho de sociedades. Por *Manuel Olivencia Ruiz*
- Notariado hoy. Por *Palmira Delgado Martín*
- Ley de Seguridad Jurídica Preventiva: hoy más necesaria que nunca. Por *José-Félix Belloch Julbe*
- Una reflexión sobre la MIFID. Por *Maria Àngels Vallvé i Ribera*
- Hacia una nueva política notarial. Por *Joan Carles Ollé i Favaró*



Entrevistas

- “Si no hay un consenso de mínimos en un plazo razonable, acometeremos la modificación en profundidad del actual modelo de seguridad jurídica preventiva”. *Francisco Caamaño Domínguez*, Ministro de Justicia
- “Me gustaría terminar el Libro VI del Código Civil catalán en 2014”. *Pilar Fernández Bozal*, Consejera de Justicia de la Generalitat de Cataluña



Doctrina

- Significado e importancia de la Compilación. Por *Robert Follià i Camps*
- Derechos históricos, Compilación y Código Civil: una misma legitimidad. Por *Lluís Jou Mirabent*
- Una aproximación a la historia de la Compilación del Derecho civil de Cataluña: 1938-1960. Por *Miquel Miralles Bellmunt*



Práctica

- Utilidad de la cláusula testamentaria de legado simple de legítima en el Código Civil de Cataluña. Por *Víctor Esquirol Jiménez*
- Respuestas frente a actuaciones contra notarios. Por *Rafael Rivas Andrés*
- Instituciones de protección de la persona. Novedades de la Ley 25/2010 Libro II del Código Civil de Cataluña. Especial consideración del poder en previsión de incapacidad y de la administración ordenada por el donante o testador. Por *José María Valls Xufré*
- La pareja estable y las relaciones convivenciales de ayuda mutua (Texto de la ponencia correspondiente al Curso sobre el Libro II del Código Civil de Cataluña organizado por el Colegio de Notarios de Catalunya, noviembre de 2010). Por *Antonio A. Longo Martínez*



Internacional

- Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Por *Elisabeth García Cueto*



Sentencias

- Tribunal Supremo: correspondientes al tercer y cuarto trimestre de 2010. Por *Redacción de LA LEY y bajo el suministro del CENDOJ*
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: correspondientes al cuarto trimestre de 2010. Por *Víctor Esquirol Jiménez*



Resoluciones

- Reseña de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, cuarto trimestre de 2010. Por *Fernando Agustín Bonaga y Víctor Esquirol Jiménez*



Vida Corporativa

Noticias corporativas y del mundo del Derecho

Construcción / deconstrucción del Derecho de sociedades



MANUEL OLIVENCIA RUIZ

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla. Miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de la Comisión del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje, y Presidente de la Comisión Especial Redactora del Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (Informe Olivencia), entre otros. Delegado de España en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y miembro del Grupo de Trabajo de insolvencia transfronteriza. Vicepresidente de CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA.

Nuestro Derecho de sociedades mercantiles se encuentra en una larga fase de reforma. Desde las vetustas normas vigentes del C. de c. de 1885 hasta las más recientes de la Ley de Modificaciones Estructurales 3/2009 (LME) y del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por RD Legislativo 1/2010, TRLSC), este Derecho atraviesa un “continuado proceso de perfeccionamiento... en permanente evolución” (E. de M. LME, I), lo que lejos de acercarle a la perfección le da un **marcado carácter de “provisionalidad” (E. de M. TRLSC, V), de dispersión y de insuficiencia.**

Nuestro codificador de 1885 quiso hacer del Derecho de sociedades un ámbito de libertad abierto a las más atrevidas combinaciones que idease el espíritu humano. Los párrafos dedicados a esta

materia por la E. de M. de 1882 son un encendido canto a la libertad de asociación entonado por el legislador liberal.

La libertad de celebración, de pactos y condiciones, de creación de bancos y de sociedades industriales y de comercio de toda clase, no tienen más límites que los de la “expresa prohibición” en el Código (art. 117), ni más exigencias que su licitud y su publicidad registral (art. 119). El C. de c. expresa la más extrema formulación del principio dispositivo: **sólo en lo no determinado en los contratos se regirán por las disposiciones legales (art. 121).** Libertad de constitución y de elección de forma-tipo (art. 122), régimen no cerrado a las formas reguladas en el C. de c.: la colectiva, la comanditaria y la anónima.

Muy pocas reglas generales contiene el C. de c., como no sean las dedicadas a los derechos y obligaciones de los socios —arts. 170 a 174—, y al término y liquidación de las compañías —arts. 218 a 238— (sólo algunas para toda clase de compañías —art. 221—). Más abundantes son las normas sectoriales por razón del objeto social (arts. 175 a 217).

La libertad “pendular” de la Restauración decimonónica, propia de una política oscilante entre liberalismo y absolutismo, no podía resistir el paso del tiempo, de regímenes políticos y económicos, de nuevas ideas y nuevos modelos sociales. **Fruto de la libertad fue la aparición de nuevas figuras sociales, como la sociedad limitada vinculada a la práctica notarial catalana,** pero también lo fueron los abusos que al



amparo de un “mal entendido” liberalismo se cometieron en la vida económica.

Con el tiempo, una abundante legislación imperativa, de carácter fiscal y administrativo, fue cauce de la injerencia del Estado en aquel paraíso de libertad del C. de c., no sólo en sectores regulados por razón de intereses generales o públicos (banca, bolsa, seguros...), sino en el régimen general de las compañías.

Lo curioso es que la reforma mercantil del Derecho de Sociedades quedara en la proyectada del C. de c. de la dictadura del General Primo de Rivera y no se abordara con éxito hasta el régimen de Franco, y, en este caso, a partir de la regulación de tipos sociales, no de todo el Derecho de Sociedades.

La Sección de Reforma del Derecho Privado del Instituto de Estudios Políticos se limitó a preparar la reforma de la sociedad anónima, sin duda la más necesaria y urgente, que desembocó en la Ley de 17 de julio de 1951, de excelente factura técnica en la época, cuyo mérito principal no fue tanto el de suplir las deficiencias del C. de c., sino el de liberar a la s.a. de una

legislación de bajo rango y escasísima calidad, imperativa, intervencionista, casuística y fragmentaria, que, sin derogar al viejo Código, había invadido el espacio de este tipo social.

Se inició así una reforma “de tipos”; pero la falta de regulación de la “parte general” obligó al legislador de 1951 a incluir en el régimen jurídico de la anónima normas no propias de éste, sino comunes a todas las sociedades, no sólo en su constitución y en su estructura orgánica, sino en su funcionamiento, sobre materias no reguladas en el Derecho derogado pero tampoco específicas de la anónima (emisión de obligaciones, transformación y fusión...).

La reforma de 1951 se complementó con la necesaria regulación del tipo de la sociedad de responsabilidad limitada, promulgada dos años después. Un paso más en la reforma de “tipos”.

No faltaron en la Comisión General de Codificación (CGC) los intentos de preparar una Ley general de sociedades, siguiendo el modelo francés de 1966; pero los trabajos en ese sentido no tuvieron continuidad y

pronto **se inclinaron en la línea de la “reforma de la reforma de la sociedad anónima”**.

No faltaron en la Comisión General de Codificación (CGC) los intentos de preparar una Ley general de sociedades, siguiendo el modelo francés de 1966; pero los trabajos en ese sentido no tuvieron continuidad

La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea en materia de sociedades, no alteró esa línea, se limitó a una reforma “de tipos” (la s.a., la s.r.l., y la introducción de la comanditaria por acciones en el C. de c., arts. 122.2 y 151 a 157). Consecuencia de esa Ley fueron la promulgación por RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, del Texto Refundido de la LSA, y de una nueva Ley de SRL, 2/1995, de 23 de marzo. Se mantuvo así la reforma “de tipos”.

Pero **la insuficiencia de esa legislación**, carente de conceptos generales y





asistemática en la regulación de facetas comunes, **determinó la decisión de la CGC de reanudar la preparación de un texto general.**

En 1994 se inician los trabajos para acometer una reforma global, que contuviese una “parte general” del Derecho de sociedades mercantiles y una regulación de los tipos sociales. **Fruto de esos trabajos fue la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, publicada en 2003**, el primer intento de regulación general en ese sector de nuestro Ordenamiento, de buena sistemática: a un Libro I dedicado a las “Disposiciones generales”, sigue el II, en el que se regulan, por separado, los tipos sociales (colectiva, comanditaria simple, anónima, comanditaria por acciones, limitada), y el III, dedicado a las sociedades cotizadas; los Libros IV a VII se dedican a cuestiones comunes a todas las sociedades, con un carácter de generalidad (cuentas anuales; transformación, traslado, fusión, escisión, disolución y liquidación, y uniones de sociedades), para concluir con un Libro VIII destinado a la modalidad de la s.a. europea domiciliada en España. **Un ensayo “generalizador”, bien ensamblado, que no podía prescindir de contemplar modalidades tan importantes como la sociedad cotizada y la anónima europea. Un ensayo valioso en nuestra política legislativa, abierto a su perfeccionamiento en el iter prelegislativo, de excelente técnica**, en el que vimos la semilla de la tan deseada reforma global de nuestro Derecho de Sociedades.

La dirección correcta es la reforma global, la unidad legislativa y de sistema, que supere la dispersión y construya un Derecho de Sociedades desde la parte general a sus tipos

La Propuesta no llegó a buen fin. Una cuestión de competencia entre los Ministerios de Economía y de Justicia sobre la regulación de las sociedades cotizadas en los mercados de valores obstaculizó su continuación. Un año después, la Ley 26/2003, de Transparencia, introdujo en la Ley del Mercado de Valores un Título X, sobre sociedades cotizadas.

La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las Sociedades mercan-



tiles (LME) supone un paso en la vía de la generalización, al abordar “una normativa general mercantil” aplicable a todas las sociedades; pero lo hace como una pieza suelta más, lo que explica que se presente como “una solución *transitoria* a la espera de que se refundan y armonicen en su totalidad las distintas leyes que en este momento regulan nuestro Derecho de Sociedades” (E. de M., II) y “de que llegue el momento oportuno para una codificación o, al menos, para una compilación del Derecho de las sociedades mercantiles en un cuerpo legal unitario en concepciones básicas, que suponga la derogación del notablemente envejecido Título I del Libro II del Código mercantil de 1885” (E. de M., V, *in fine*).

El paso siguiente, habilitado por la Disposición final séptima de la propia LME, no va en la dirección correcta. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), aprobado por RD. Legislativo 1/2010, además de elevar a categoría legal lo que era una rama de clasificación doctrinal de las sociedades mercantiles y, en ocasiones, de innovar la legislación precedente, excediendo los límites de un Texto Refundido, **se aleja de una regulación general, en contra de la corriente integradora, fragmenta la materia y, más que refundir, “funde” la regulación de los tipos sociales** y centrifuga su contenido en una sistemática confusa, estructurada por materias, no por tipos. Un método erróneo, aunque original en el Derecho comparado.

Consciente el legislador de que no camina en la dirección correcta, presenta también este TR con “decidida vocación de provisionalidad”, “con el deseo de ser superado pronto” a la espera de que la ambiciosa reforma del Derecho de Sociedades “se contenga en un texto legal unitario”, en cuyo sentido apunta a los trabajos de la CGC para la elaboración de un Código de las Sociedades Mercantiles o incluso en un nuevo Código Mercantil.

Esa es la dirección correcta: reforma global, unidad legislativa y de sistema, que supere la dispersión y construya un Derecho de Sociedades desde la parte general a sus tipos.

Ya se ha modificado el TRLSC, por RD-L 13/2010, de 3 de diciembre. **Esta urgencia de la legislación *expres* está minando la legislación mercantil de enmiendas y remiendos**; en definitiva, de inseguridad jurídica, cuando lo necesario es la integración total del Derecho de Sociedades en un texto unitario.

El esquema de ese texto, que a mi juicio debería incluirse como Libro en el Código Mercantil que elabora la Sección 2ª de la CGC, se estructuraría a partir de un sumario inspirado en la *Propuesta de Código de las Sociedades Mercantiles*, pero intercalando las categorías de sociedades de capital y personalistas, con sus respectivas disposiciones comunes, para concluir en las específicas de cada tipo, por separado.

Notariado hoy



PALMIRA DELGADO MARTÍN

Decana del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha

Recientemente hemos asistido a la apertura oficial de los actos conmemorativos del **150 aniversario de la Ley del Notariado**. Es por lo tanto casi obligado reflexionar sobre la excepcional longevidad de esta norma y las características intrínsecas que permiten su aplicación y vigencia en la actualidad.

Como se ha señalado en esta misma revista, **uno de los secretos de su éxito es que dice poco, pues estamos hablando de sólo cuarenta y ocho artículos**. Ello no implica que su contenido no sea importante, sino todo lo contrario, su contenido es fundamental, pues es la base de uno de los dos pilares de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva; pero se trata de una norma concisa y breve, casi se diría que espartana. En definitiva la Ley del Notariado es fruto de un tiempo pasado donde la estabilidad jurídica era un valor apreciado y en el que la técnica de elaboración normativa, ley fundamental y reglamento de

desarrollo, no era objeto de discusión, sino de general acatamiento.

Sin embargo, entiendo que **mucho más útil** que realizar un loa a sus cualidades, y por lo tanto una rememoración del pasado, es **llevar a cabo una visión crítica analizando la situación actual del notariado y nuestras perspectivas de futuro**.

España en estos 150 años ha cambiado radicalmente, tanto desde un punto de vista jurídico como social. En los tiempos de promulgación de la Ley del Notariado, como señala Enrique Brancós, la producción agrícola representaba el 70 por ciento de la total; el sector primario ocupaba dos tercios de la población activa; en ciudades de mas de 50.000 habitantes vivía el 16 por ciento de la población. El analfabetismo en aquella época rondaba el 70 por ciento de la población y apenas existían licenciados en leyes. Hoy en día sólo está ocupada en la agricultura el 5,3 por ciento de la población, la despoblación del ámbito rural es un problema social, los

licenciados en derecho superan los 150.000 y el analfabetismo en las nuevas generaciones ha quedado prácticamente erradicado.

En cuanto al **notariado**, su evolución en estos años como consecuencia de la evolución social, técnica y jurídica, es un tema reiterado hasta casi convertirse en un lugar común. ¿Pero, realmente hemos cambiado tanto? Se suele decir que mantenemos nuestra esencia y sólo adaptamos los medios técnicos de nuestro ejercicio profesional. Así habitualmente citamos que **hemos incorporado las nuevas tecnologías** a nuestra forma de trabajar: de la pluma, al bolígrafo, a la fotocopidora y al ordenador. Los avances tecnológicos también **nos han permitido profundizar en nuestras relaciones con la Administración**, pasando de unos índices en papel con una eficacia prácticamente sólo a efectos internos colegiales, y que todavía yo elaboraba a mano personalmente en 1990, a la todopoderosa conexión a través de Ancert con todas las Administraciones Públicas,



al Gran Hermano del servidor Platón y a la OCP. Hoy en día nadie discute la necesidad de esta evolución, ni siquiera su oportunidad, pero tampoco se puede negar que la misma, hiperdesarrollada, puede llegar a afectar a la esencia de nuestra función; de la función hace al órgano podríamos pasar al peligro de que el órgano haga la función.

Y me pregunto si eso es todo, si con estos logros podemos quedar instalados en la autocomplacencia. Y entiendo que no. La sociedad no sólo ha evolucionado técnicamente, sino que ha cambiado radicalmente en aspectos esenciales, y en mi opinión ello conlleva una **obligada evolución esencial del notariado**.

La globalización, la internacionalización no sólo de la vida económica sino incluso de la personal con la libre circulación de capitales y personas, el cambio del centro de gravedad de la economía desde los bienes inmuebles en el siglo XIX a los bienes inmateriales del siglo XXI, el roce continuo de sistemas jurídicos antes impermeables y aislados, como el *civil law* y el *common law*, la desmaterialización documental... no podemos pensar que estos fenómenos dejan indemne a nuestra función presente y futura.

Es por tanto precisa una labor de investigación y de estudio junto a agentes sociales y jurídicos, que nos permita detectar disfuncionalidades en nuestra actuación o aspectos fosilizados en la misma, **avanzar soluciones y explorar campos nuevos** en los que nuestra intervención genere el valor añadido de la seguridad jurídica. Y esto supone una toma de decisiones, no técnicas sino políticas, sobre cuál es el futuro que queremos del notariado.

La Ley del Notariado es fruto de un tiempo pasado donde la estabilidad jurídica era un valor apreciado y en el que la técnica de elaboración normativa, ley fundamental y reglamento de desarrollo, no era objeto de discusión, sino de general acatamiento

Y en primer lugar los notarios tenemos que ser conscientes de que **el futuro del notariado está en las manos de cada uno de nosotros**; de que cada notario tiene en



esta materia, que es la definición del futuro de nuestra profesión, una responsabilidad que no puede obviar ni delegar en otros. Debemos dejar de considerar a nuestros órganos corporativos como algo ajeno de lo que se ocupan algunos compañeros especialmente interesados en esos temas. Debemos también abandonar la actitud infantil de pensar que existe un sanedrín de sabios en los Colegios Notariales y en el Consejo General del Notariado que se ocupa de nuestro bienestar, y que por lo tanto estando en buenas manos, nuestra aportación no es necesaria. **El notariado no podrá avanzar, ni estar a la altura de las circunstancias de una sociedad civil moderna e implicada, con un cuerpo apá-**

tico y resignado; con Juntas Generales a las que asisten un número ridículo de colegiados, que no suelen preguntar ni opinar; con seminarios o jornadas de formación jurídica celebradas en los Colegios Notariales, con muchos más asientos vacíos que llenos; con Congresos organizados por el Consejo General del Notariado en los que se considera un éxito que asistan un 10 por ciento de colegiados. Como Decano no aspiro a la asistencia a cualquier acto colegial de compañeros en silencio, dispuestos a asentir, sino que deseo notarios críticos, que aporten ideas y exijan la justificación de actuaciones. **Sólo una participación ilusionada y vibrante de notarios puede ser**



la base de un auténtico movimiento de evolución intrínseca de nuestra función.

Los Colegios Notariales tienen también que redefinir su función en el presente siglo. Su proximidad a los órganos políticos y administrativos de las Comunidades Autónomas los convierte en interlocutores óptimos no sólo para el trato y solución de problemas de carácter local, sino como vehículos de conocimiento del mismo notariado como institución. En este punto hay que tener en cuenta la importancia fundamental que tienen hoy en día los medios de comunicación. Entiendo que es así imprescindible la existencia, en una u otra forma y adaptada a las circunstancias de cada Colegio, de un Gabinete de Comunicación, que ayude y oriente al Colegio Notarial sobre la forma más adecuada y efectiva de dar a conocer a la sociedad civil nuestra función.

La sociedad no sólo ha evolucionado técnicamente, sino que ha cambiado radicalmente en aspectos esenciales, y en mi opinión ello conlleva una obligada evolución esencial del notariado

No obstante a menudo se olvida que el Colegio Notarial, no sólo tiene que prestar un servicio a la sociedad civil y a la institución del notariado, sino también a los propios colegiados. Los tiempos de ejercicio aislado y solitario de la profesión han quedado atrás. **El notario tiene que sentir la proximidad y utilidad de su Colegio.** Los servicios que el Colegio puede prestar a los notarios son de lo más diverso: desde la asesoría fiscal, jurídica, laboral o informática hasta por ejemplo, como ocurre en el Colegio de Castilla-La Mancha, un servicio de reclamación de facturas impagadas.

Es cierto que en ocasiones esta operatividad de los Colegios Notariales choca con la existencia de Colegios, que al adaptarse al mapa autonómico, surgen con un número exiguo de colegiados que hace muy difícil la viabilidad económica de los mismos y sobre todo la atención de sus obligaciones. En estos casos, la solidaridad del resto de los Colegios debe llevar a que el Consejo General del Notariado, previo examen individualizado de cada supuesto, les preste la ayuda financiera u operativa que precisen,

pero configurando ésta no como dispensa dadivosa puntual, sino como un auxilio al que esos Colegios y sus colegiados tienen derecho.

Si considero que la evolución de la actitud personal de los notarios individuales y de la función de los Colegios Notariales es muy necesaria en la actualidad, la del Consejo General del Notariado es imprescindible y urgente.

Creo que nadie dudará de que hoy en día el Consejo General del Notariado es un órgano político, no técnico, que toma decisiones políticas que afectan a aspectos fundamentales de nuestro ejercicio profesional. Mientras las decisiones técnicas tienen su base en aspectos objetivos, las decisiones políticas tienen su apoyo en juicios de valor, es decir, lo que desde una determinada orientación se considera mejor para el notariado. Existe así una auténtica política notarial, que podrá tener distintos contenidos en función de distintos juicios de valor, no siendo por tanto en absoluto indiferente para el notariado la persona que ejerza su máximo cargo representativo y de dirección.

Desde este punto de vista, **la elección directa del Presidente y su equipo por todos los notarios, más que una reivindicación del notariado de base, tendría que ser una consecuencia obvia, una reforma necesaria e imprescindible impulsada desde el mismo Consejo General del Notariado.**

Pero tan importante como el tema de la forma de elección del Presidente del Consejo General del Notariado me parece el hecho de que **quien pretenda ejercer dicho cargo, cualquiera que sea su procedimiento de elección, presente un auténtico y concreto programa político** a todos los notarios, sean o no en ese momento electores del mismo. Y un auténtico programa político no es una vaga declaración de buenas intenciones al uso, que suele reconducirse a profundizar relaciones con la Administración (como si fuera una opción seria romper relaciones con la misma), intensificar la comunicación con los colegiados (pero sin especificar medios, contenidos, ni plazos) o prestar especial atención al desarrollo de nuevas tecnologías (como si pudiéramos volver por libre elección al tiempo del "papel de calco"). Un programa político serio presupone unos objetivos concretos, unos plazos, y una es-

pecificación de medios para alcanzarlos, y conlleva una responsabilidad por los resultados de su ejecución o por su falta de ejecución. Los notarios tenemos derecho a conocer cual será la postura política concreta del aspirante a Presidente en cuestiones fundamentales tales como la relación con los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, si sería partidario ese candidato de una eventual fusión de ambos cuerpos o cómo entiende que se debe realizar la delimitación de funciones, o si considera que éstas deben coexistir o no. También sería interesante saber qué destino pretende dar al patrimonio sobrante de la antigua mutualidad notarial, si es su criterio o no la devolución de aportaciones a los exmutualistas, o el complemento de prestaciones que actualmente se reciben de la Seguridad Social, o cualquier otra aplicación que pretenda dar a ese remanente y todo ello en qué plazos y bajo qué formas. Igualmente sería importante conocer su postura sobre las relaciones, que se pueden considerar en alguna forma mercantiles o negociales, entre los notarios y las sociedades que ha ido creando el Consejo General del Notariado con fines diversos, como fue primero Ancert y ahora Serfides, sobre los objetivos de esas sociedades y sobre qué órgano del Consejo General del Notariado considera que debe controlar su creación, actuación, y composición de sus órganos de dirección.

El instrumento de ejecución de ese programa político es el presupuesto, y es un principio fundamental democrático, que el mismo ha de ser conocido íntegramente por todos aquellos de cuya contribución se nutre. Ningún criterio jurídico formalista puede impedir lo que no es ya sólo justicia, sino sentido común. **Hoy en día los notarios pueden conocer desde los Presupuestos Generales del Estado, hasta los de la APA del colegio de sus hijos o los de la comunidad de propietarios de su vivienda, pero no conocen los del Consejo General del Notariado.**

Los tiempos de ejercicio aislado y solitario de la profesión han quedado atrás. El notario tiene que sentir la proximidad y utilidad de su Colegio

En definitiva **los notarios no sólo tenemos derecho a conocer esa política y**



ese presupuesto en todas sus partidas, sino que nuestra lealtad a la institución nos obliga a exigir su conocimiento y la responsabilidad por su ejecución.

Un programa político serio presupone unos objetivos concretos, unos plazos, y una especificación de medios para alcanzarlos, y conlleva una responsabilidad por los resultados de su ejecución o por su falta de ejecución

Y un último tema a tratar es la **profesionalización del Consejo General del Notariado**. Mucho se ha hablado de esta profesionalización, habitualmente en conexión con el debate sobre la percepción de cantidades económicas por quienes ejercen los cargos de Presidente y Vicepresidente del Consejo General del Notariado. En mi opinión son en realidad dos cuestiones totalmente distintas.

Profesionalizar el Consejo **es absolutamente prioritario**, pero entendida tal profesionalización como dotar al Consejo General del Notariado de los medios técnicos y humanos necesarios para ejercer su función, y especialmente la integración en el mismo de profesionales de áreas más ajenas a la formación notarial, como el derecho público, o independientes de la misma, como la comunicación o las nuevas tecnologías. Respecto de éstos profesionales

los notarios, lo que debemos desarrollar es una labor de orientación y dirección.

Los notarios que desempeñen esta última función dentro del Consejo General del Notariado, ejerzan el cargo que ejerzan, y de una u otra forma, han de ser resarcidos del daño económico que implique su dedicación a las tareas corporativas, de manera que el desempeño de las mismas no les suponga un perjuicio económico respecto de sus ingresos profesionales si no existiera tal dedicación. El sistema habitual es el reintegro de gastos y en su caso el nombramiento de un notario sustituto a cargo del Consejo General del Notariado para que les ayude en la llevanza de su despacho, sin perjuicio de que las circunstancias concretas pudieran aconsejar otra forma de indemnización siempre sobre la base de un perjuicio objetivo, cuantificable numéricamente y acreditado.

Pero profesionalizar no implica necesariamente generar un grupo de profesionales de la dirección del notariado análogo a los liberados sindicales, por cierto hoy en el punto de mira, que perciban unas cantidades arbitrariamente fijadas por el mismo órgano del que forman parte y sin conexión con ningún perjuicio económico demostrado. **Dirigir el notariado no puede ser, ni siquiera temporalmente, una profesión, entendida ésta como medio de ganarse la vida.** No puede serlo desde un punto de vista jurídico, dada la absoluta claridad de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008 que recuerda el carácter gratuito de los cargos de Presidente y Vicepresidente del Consejo General del

Notariado. Pero en mi opinión tampoco sería conveniente desde un punto de vista práctico. En la mayoría de las ocasiones las decisiones políticas conllevan consecuencias económicas, profesionales y personales, que difícilmente pueden apreciar en su justa medida quienes al no ejercer la profesión de notario no se ven de forma inmediata afectados por ellas.

A mayor abundamiento la generación de unos profesionales de la dirección de un cuerpo, conlleva también frecuentemente los fenómenos de la perpetuación en los cargos, endogamia y clientelismo, que lejos de vivificar y dinamizar al cuerpo profesional, siembran a menudo la simiente de su decadencia.

Como conclusión, notarios, Colegios Notariales y Consejo General del Notariado debemos aceptar el reto que nos presenta la sociedad del siglo XXI

Como conclusión, notarios, Colegios Notariales y Consejo General del Notariado debemos aceptar el reto que nos presenta la sociedad del siglo XXI, que no es otro que adaptarnos y evolucionar a fin de seguir prestando en el futuro el mismo o mejor servicio que nuestros antecesores prestaron a la sociedad que les vio nacer como cuerpo profesional moderno al amparo de la Ley del Notariado.

Ley de Seguridad Jurídica Preventiva: hoy más necesaria que nunca



JOSÉ-FÉLIX BELLOCH JULBE

Notario de Barcelona. Ex Decano del Colegio Notarial de Cataluña (1999-2004) y Ex Vicepresidente del Consejo General del Notariado (1999-2005). Ha sido miembro del Observatorio del Derecho Civil de Cataluña y del Consejo de Justicia de Cataluña, entre otros.

El Reglamento Notarial dice en su artículo 1.º que “los Notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho”.

Este texto, que debe agradecerse al Real Decreto 45/2007 de 19 de enero, modificó la redacción, hasta ese momento vigente, que antepone la faceta profesional a la funcionarial, aunque sin el menor propósito de que la anteposición comportara pretensiones de prelación jerárquica alguna.

La vieja polémica acerca del aspecto funcionarial o profesional —que prevalece— o —debe prevalecer— en el Notariado carece de sentido en el plano técnico-jurídico y ha venido siendo objeto, tradicionalmente, de una utilización eminentemente política casi siempre interesada.

La doble cualidad de funcionario público y de profesional del derecho se hallan indisolublemente unidas en el con-

cepto mismo de Notario español, sin que resulte posible, en buenos principios, marcar una preferencia a favor de ninguna de ellas. El Notario español es, también, funcionario, cuando asesora a quienes recaen su ministerio y les aconseja acerca de los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar; y es, también, profesional del derecho cuando, empleando un lenguaje claro, puro y preciso, sin frase ni término alguno oscuro o ambiguo, y siguiendo como reglas imprescindibles la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma recoge, en una escritura, declaraciones de voluntad libres, informadas y ajustadas a derecho, o refleja en un acta lo que ve, oye o percibe por sus sentidos.

Históricamente, y en más de una ocasión, “la profesionalidad” ha podido utilizarse como burladero desde el que resistir a los intentos de someter a los Notarios al régimen retributivo de los demás funcionarios públicos, y la “funcionariedad” como

el refugio contra la presión, más o menos activa según las épocas, liberalizadora o desreguladora de las profesiones jurídicas. Hablando entre Notarios, y prescindiendo de eufemismos, funcionario significaba “números clausus”, “demarcación”, “arancel”; y “reparto de documentos o de honorarios”, mientras que profesional significaba libre competencia y ausencia o limitada presencia de mecanismos internos compensatorios o solidarios.

La verdad es que **tanto “profesionales” como “funcionarios” defendían —o defendíamos— las oposiciones, la demarcación y el arancel.**

Pues bien, a diferencia de lo que sucedía hasta entonces, **la anteposición, en el Real Decreto 45/2007 de 19 de enero, del “funcionario público” al “profesional del Derecho”, en la definición que del Notario hace el artículo 1.º del Reglamento Notarial, sí pretendió comportar una ordenación jerárquica de esa doble cualidad, pero**



ahora, sin relación alguna con la polémica regulación-desregulación, sino orientada en una dirección que puede llegar a resultar notablemente peligrosa para el futuro de nuestra función, y que, en cualquier caso, comporta una absoluta ignorancia de su real significado y de la importancia de su aportación a la seguridad jurídica, y, por ende, a la economía de mercado y al Estado de Derecho. La persona que ostentaba la titularidad de la **Dirección General de los Registros y del Notariado** al tiempo de la elaboración y promulgación del Real Decreto que comentamos, dijo textualmente (según una de las Revistas Oficiales del Consejo General del Notariado), en las jornadas de nuevos Notarios, celebradas en Salamanca **a comienzos del año 2008**, que **“el centro de gravedad de la función notarial se ha trasladado desde el mundo privado hacia el de lo público**; hay nuevas fronteras del Notariado que garantizan no solo derechos de los particulares, sino el buen orden jurídico total; el Notario no solo cumple vigilando que el acto o contrato que autoriza o interviene se ajuste a la legalidad, sino que tiene encomendadas importantes funciones públicas...”. La actual titular de la Dirección parece situarse en la misma línea. En el número 1/2010 de *LA NOTARIA —Revista del Colegio Notarial de Cataluña—* figuran, en entrevista que firma Cristina Gallardo, las siguientes preguntas y respuestas.

La doble cualidad de funcionario público y de profesional del derecho se hallan indisolublemente unidas en el concepto mismo de Notario español, sin que resulte posible, en buenos principios, marcar una preferencia a favor de ninguna de ellas

Pregunta: Con motivo del inicio del curso 2009/2010 en la Academia Matritense del Notariado, el pasado mes de octubre, usted afirmó que la función notarial debe estar orientada a la colaboración con las Administraciones públicas: ¿a qué administraciones concretas se refiere?

Respuesta: Mis palabras, en aquella ocasión, y también en otras intervenciones en foros distintos, señalaban **la importancia de la función social y de la protección**

de intereses públicos y generales de la función notarial. Algunos ámbitos de colaboración de los Notarios con las administraciones públicas son ya una realidad... **Se trata de resaltar la función pública del Notario y dotarle de los mejores instrumentos** para desempeñar ese papel en beneficio siempre del ciudadano.

Vayamos por partes:

- 1. Al Notario no se le han encomendado** ni, por lo que parece, existe el menor propósito de encomendarle **nuevas funciones públicas** (recordemos el contenido del “non nato” Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Voluntaria).
- 2. Se ha debilitado la eficacia del documento**, y, por tanto de la fe pública notarial (solo hay que recordar el inasumible artículo 143 del nuevo Reglamento).
- 3. Se ha negado que corresponda al Notario el control de la legalidad**, en Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, cuya doctrina —a pesar de las promesas en contrario— no ha sido rectificada por la única vía que puede serlo: la Legislativa. No hace falta recordar que control de legalidad, consentimiento informado y asesoramiento imparcial —y equilibrador de las diferencias de información entre las partes— constituye el trípod sobre el que se asientan racionalmente las presunciones que la fe pública notarial comporta, y en que consiste.
- 4. No existe un reconocimiento público apreciable de la conveniencia e interés de ser oídos por los poderes públicos** en todas aquellas materias respecto de las cuales nuestra competencia técnica y nuestra práctica diaria resultan difícilmente discutibles.

Seamos serios: lo que se ha hecho en relación con el Notariado durante estos últimos años **no ha sido encomendarle nuevas funciones públicas, sino imponerle un cúmulo de nuevas obligaciones para con las Administraciones Públicas**, introducidas a un ritmo agobiante, no siempre compatible con lo que dan de sí nuestros medios humanos y materiales, ni con las exigencias de un acuciante interés público general, ni, en ocasiones, con la naturaleza misma de la función notarial (véase la legislación sobre medidas para la

prevención del fraude fiscal, y sobre todo la, en no pocos aspectos, alucinante y claramente insuficiente para la satisfacción de la finalidad perseguida, Ley 20/2010, dictada en el ámbito de la prevención del blanqueo).

La afirmación —que hizo la anterior titular de la Dirección General— de que el centro de gravedad en la función notarial se ha desplazado del mundo de lo privado hacia el de lo público, me resultó, y continúa resultándome, inquietante.

El centro de gravedad de la función notarial se ha trasladado desde el mundo privado hacia el de lo público

Estamos en un contexto histórico —dije en las Jornadas Notariales de Burgos, celebradas en Zaragoza los días 18 y 19 de abril de 2008— **en el que el mundo de lo privado** (cuyos protagonistas son los ciudadanos y sus principios básicos la autonomía de la voluntad y la libertad civil) **y el mundo de lo público** (cuyo protagonista es la Administración, y sus principios básicos los de jerarquía y subordinación), a fuerza de colisionar y de colusionar, **disfrutaban —y padecen— de amplios territorios comunes de caza.** Todo se desplaza, a la vez y simultáneamente, hacia el mundo de lo privado y hacia el mundo de lo público, en un momento en que la crisis de las ideologías —o, si se prefiere, de las utopías— ha venido a desprestigiar, acabando con su vigencia, los cuadros globales de solución general de los problemas. Por supuesto que el Notario —que jamás ha perdido contacto con la realidad— no está, en modo alguno, al margen de estos planteamientos. **El Notariado cree en una economía de mercado regulada por normas emanadas del poder público, el control de cuyo cumplimiento no puede encomendarse, por razones obvias, al propio mercado, sino a funcionarios públicos.** Lo que me preocupa es que se esté, de un modo más o menos consciente, en un proyecto de desplazamiento de nuestro centro de gravedad hacia el campo del protagonista único —la Administración— y de los principios de autoridad y jerarquía, o, dicho de otro modo, que se pretenda que el Notario recoja sus “bártulos” —controlador de la legalidad, formalizador o interventor de voluntades válidas e informadas, depoen-



sitario de confianzas y reservas— y emigre con ellos al campo de la subordinación y la investigación policíaca especializada.

No menos incómodo, digámoslo suavemente, me resulta que la actual titular de la Dirección General, no comprenda, —y no creo haberlo entendido mal—, que **hablar de la función social, de la función notarial constituye una flagrante redundancia**: la función notarial es una función pública, y **todas las funciones públicas, son, por definición, funciones sociales**, ya que todas se orientan a la protección de intereses públicos y generales, cuyo beneficiario final es el ciudadano. La seguridad jurídica preventiva a la que la función notarial sirve, mediante la creación de presunciones de autenticidad, legalidad e integridad, constituye, sin lugar a dudas, un interés público general, cuyos beneficiarios son la economía de mercado, el Estado de Derecho, y, en último extremo, el ciudadano. Otra cosa es que el Notariado esté obligado a prestar su plena colaboración en orden a implementar una política antidelictiva eficaz, en campos tales como la prevención del fraude fiscal o la lucha contra el blanqueo de capitales. Sobre todo ciudadano recae el deber general de cooperar a la realización del orden jurídico; y ese deber es especialmente exigible a los funcionarios públicos, sobre todo si disponen o pueden disponer de información eventualmente relevante a estos efectos.

Quiero creer que la Directora General no ha querido decir que la cooperación con las Administraciones Públicas constituya el aspecto social de la función notarial, integrando el resto de las actividades propias de nuestra función —es decir, todas— el aspecto privado o no social de la misma. Se hubiera podido decir lo que seguramente quiso decir la Directora, limitándose a constatar que **cada vez tendrán mayor importancia y habrán de cumplirse con mayor eficacia y mejores instrumentos materiales y humanos, las obligaciones de colaboración con las administraciones públicas** que, como titulares de la fe pública notarial, pesan y pesarán en lo sucesivo sobre nosotros. Pero lo cierto es que no se quiso decir así...

No han faltado entre nosotros quienes, desde la más absoluta buena fe y sin otro propósito que el de servir al Notariado, han visto en este “desplazamiento del centro de gravedad”, en la incorporación de “un aspecto social” a nuestra función; en suma, en

esta deriva publicista la garantía de nuestra “sobrevivencia” y la clave del mantenimiento de nuestro “status”.

Estamos, otra vez, ante la creencia, a que nos referíamos al principio, de que **cuanto más se acentúe nuestro carácter “público” tanto más a salvo estaremos de la oleada desreguladora, y más justificados estarán el “números clausus”, la “demarcación” y el “Arancel”. Es completamente inexacto**: podríamos acabar siendo inspectores cualificados de policía que, además reciben declaraciones de voluntad ciertas e informadas, controlan la legalidad y asesoran, sin que por ello estuviera garantizada la permanencia de nuestro actual “status” socioeconómico. **Continuaremos siendo lo que somos, con los inevitables cambios, solo en la medida en que la Sociedad considere que el servicio que prestamos es más útil, eficiente y económico que cualquier otra alternativa posible.**

No ha sido encomendarle nuevas funciones públicas, sino imponerle un cúmulo de nuevas obligaciones para con las Administraciones Públicas

Y esta consideración nos lleva al eterno tema de la desregulación.

Durante mi etapa en el Consejo General del Notariado fue el Informe Monti; al cual le siguió la presentación por la Comisión Europea a los medios acreditados en Bruselas, del Informe del Center of European Law and Politics (ZERP) de la Universidad de Bremen. Lo que, en sustancia, viene a decirse en estos informes es que no existe evidencia alguna que apoye el argumento de que mayores niveles de regulación y de precios conduzcan a mayores niveles de calidad del servicio.

El Consejo de los Notarios de la Unión Europea contestó criticando ZERP con una contundencia rayana en la descalificación. Con todo conviene tener en cuenta que en la disyuntiva regulación-desregulación, ni siquiera los 21 países de la CNUE tienen una legislación inspirada en los mismos principios: ni en todos existen tarifas, ni, “números clausus”, ni se precisa la escritura pública para la transmisión de inmueble

—Austria— o la constitución de sociedades —Francia—.

El conflicto regulación-desregulación va camino de convertirse en un Guadiana. La corriente subterránea desreguladora va, cada vez que sale a la luz, engullendo una parte de la porción de tierra ocupada hasta ese momento por la regulación.

De hecho este intento de sustitución ya estuvo presente en nuestro Senado por medio de dos enmiendas a la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario presentadas por el grupo catalán “Entesa de Progrés”: proponían, en sustancia, estas enmiendas que, tratándose de Bancos, Cajas de Ahorro o Entidades de Crédito debidamente autorizadas, tanto la constitución como la cancelación de las hipotecas podría hacerse o por escritura pública, o por documento privado con firma legitimada o por documento electrónico con firma electrónica reconocida. Las enmiendas no prosperaron, pero ahí tenemos el primer intento serio de “sustitución”, en línea con la famosa “declaración sustitutiva del protesto”. No parece indispensable recordar que la orden del Ministerio de Justicia 206/2009 de 28 de Enero introdujo la posibilidad de que la certificación de las Juntas Generales aprobatorias de las cuentas del ejercicio, si el certificador dispone de firma electrónica reconocida, puede ser remitida en forma telemática al Registro, sin necesidad, en este caso, de legitimación notarial de las firmas que lo autorizan.

Aquí y ahora, **el campo de batalla se centra en el mercado financiero**, del que, como hemos visto, alguien pretende excluirnos, del mismo modo que, en su día, se excluyó a determinados fedatarios públicos del mercado de valores. Pero **mientras** no se llega —ya sea por oportunismo o por convicción— a la “solución final”, estamos asistiendo a un **interminable proceso de reducción de los aranceles notariales**, manteniendo, eso sí, nuestros responsabilidades civiles íntegras, y prescindiendo, en absoluto, para hacerlo, de los criterios de coste y proporcionalidad que —según Ley de 2005— deben inspirar las modificaciones arancelarias.

Por mucho optimismo voluntarista con que queramos ver las cosas, **no hay modo razonable de negar como triste y perfectamente válidas para estos últimos años, las siguientes consideraciones**:

a) La supuesta deriva “publicista” y “social” de la función notarial no ha



supuesto otra cosa que el incremento sistemático de nuestros deberes de colaboración con las administraciones públicas.

- b) No se han encomendado, en absoluto, al Notario, nuevas funciones.
- c) Los efectos de la fe pública notarial han quedado notablemente debilitados por el artículo 143 del Reglamento, por mucho que todavía esté por ver su verdadero alcance práctico.
- d) El Tribunal Superior ha negado uno de los pilares básicos del trípode sobre que se asienta nuestra función: el control de legalidad.
- e) Los poderes públicos se abren, es cierto que todavía con timidez, a asumir el absurdo que supondría confundir firma indubitada con documento.
- f) Sólo hay una tendencia clara en materia de aranceles: su continuo y sistemático recorte, aprovechando cualquier pretexto, y al margen de cualquier consideración sobre coste o proporcionalidad. Así, las cosas, resulta preferible —lo viene, a mi juicio, resultando desde hace años— un debate público acerca de nuestra función, debate que necesariamente ha de desembocar en la elaboración y promulgación de una nueva Ley General de Seguridad Jurídica Preventiva, la cual, muy al contrario de lo que parece insinuar o temer la actual Directora General en la entrevista a que nos referíamos al principio, de estas notas, **no haría más que confirmar, perfeccionándolo y actualizándolo, nuestro actual sistema, que es técnicamente depurado, jurídicamente eficaz, socialmente útil y económicamente eficiente.**

He aquí lo que, a mi juicio, deberían ser sus líneas generales:

1. **Necesitamos una Ley con vocación de permanencia;** una ley sobre lo esencial, breve en su contenido, clara y concisa, y en la que se prescinda de los reglamentario, lo anecdótico, y lo coyuntural.
2. **La Ley,** que necesariamente ha de dictarse en el ámbito de las competencias exclusivas que al Estado confieren los números 8 y 18 del artículo 149 de la Constitución, **deberá dejar constan-**

cia, en relación con las transferencias o delegaciones a las Comunidades Autónomas a que se refiere el artículo 150.2 de la norma fundamental del Estado, **que éstas no incluirán, en ningún caso, los principios generales** a que han de ajustarse las actuaciones notariales y registrales, ni los requisitos y efectos de los documentos públicos y de los asientos registrales ni el Estatuto Básico de Notarios y Registradores de la Propiedad.

El conflicto regulación-desregulación va camino de convertirse en un Guadiana. La corriente subterránea desreguladora va, cada vez que sale a la luz, engullendo una parte de la porción de tierra ocupada hasta ese momento por la regulación

3. **La Ley debe tener por objeto la regulación del derecho de los ciudadanos al acceso eficiente al sistema público de seguridad jurídica preventiva extrajudicial,** es decir, el derecho de los ciudadanos a documentar, a inscribir, a acceder al contenido de los Archivos Notariales y Registrales, y a recibir asesoramiento e información del Notario o Registrador que libremente elijan.

El aseguramiento de estos derechos comporta, necesariamente la regulación de los principios básicos de la actuación notarial y registral, de las clases, requisitos y efectos de los documentos públicos y los asientos registrales, de las relaciones entre el Título y la Inscripción, del sistema de responsabilidades, del régimen disciplinario y de Inspección, y, en fin del Estatuto Básico de los Registradores y Notarios y de sus organizaciones corporativas.

4. **El sistema público de seguridad jurídica preventiva continuará basado en las presunciones de legalidad, autenticidad de forma y fondo e integridad del contenido de los documentos públicos notariales, y en las de legalidad, exactitud e integridad del contenido de los asientos registrales.**

La utilidad social del sistema exige que estas presunciones solo pueden ser desvirtuadas por los Jueces y Tribu-

nales en los procesos contradictorios correspondientes.

5. **La Ley debería explicitar la extensión de la competencia de los Notarios y los Registradores a aquellos actos de jurisdicción voluntaria que determinen o puedan determinar en lo futuro las Leyes.**
6. **La prestación de los ministerios notarial y registral tendrán carácter obligatorio siempre que no exista causa legal que lo impida.** Contra los actos administrativos por los que los Notarios, o los Registradores de la Propiedad o Mercantiles denieguen, suspendan o restrinjan el ejercicio de estos derechos, cabrá recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuya resolución será **obligatoria, definitiva y firme** para los funcionarios, pero recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa para los ciudadanos. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales, patrimoniales y disciplinarias en que el Registrador o el Notario haya podido incurrir.
7. **Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y los Notarios ajustarán siempre su actuación a los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados por la Constitución,** a los principios que, según ella, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, y a la letra y al espíritu de la Ley, gozando, en el ejercicio de sus funciones de plena autonomía, sin perjuicio de su dependencia jerárquica de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de su obligación de colaborar entre sí, con sus órganos de Gobierno, con los Juzgados y Tribunales y con los demás poderes públicos.
8. **Se proclamará el principio de que todo ciudadano tiene el derecho de libre elección de Notario,** defendiendo este principio frente a los intereses de los grandes operadores económicos y jurídicos y, en general, contra toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo anti-social o contrario a las exigencias de la buena fe.
9. **En perfecta sintonía con su tradición secular el Notario se definirá como funcionario público y, a la vez, de un modo conjunto e inseparable, como**



profesional del Derecho, en los términos que resultan del artículo 1.º del Reglamento Notarial vigente.

10. **Se fijarán las bases y criterios a que han de ajustarse las Demarcaciones Notariales y Registrales.**
11. **Se ordenará la reestructuración de los Aranceles Notariales y Registrales** con arreglo a criterios de racionalidad, proporcionalidad, suficiencia y transparencia.

Esta es, a mi juicio, la única línea de fondo —el eje— que debe orientar —o sobre el que debe girar— cualquier política notarial. Claro que hay que ir haciendo frente al pequeño —o grande— acaecer de cada día, pero ningún árbol nos puede impedir ver el bosque:

1. **Ni el Estado de Derecho ni la economía de mercado son posibles sin seguridad jurídica.**
2. **Para garantizarla debidamente, no es suficiente un sistema de solución jurisdiccional de conflictos; se precisa, además, otro sistema que los prevenga, los limite, y/o, en su caso, facilite su solución.**

El Estado está obligado a crear un sistema público eficiente de solución ju-

risdiccional de conflictos; pero lo está, también, a articular un sistema público de seguridad jurídica preventiva extrajudicial.

3. En España, **este sistema público de seguridad jurídica preventiva extrajudicial viene funcionando**, de un modo razonablemente eficaz, **desde mediados del siglo XIX.**
4. Parece de **puro sentido común que en el siglo XXI se proceda a tratar de optimizar su eficiencia**, a través de un proceso de revisión sistemático y total, articulado mediante normas jurídicas con rango de Ley.

El Notariado, completamente convencido de la utilidad social de la función pública que presta al servicio de la economía de mercado, del Estado de Derecho y de la libertad civil de los ciudadanos, solo quiere que, de una vez por todas, quede claramente asentado, en una norma jurídica estatal, dictada con rango de Ley.

— **El trípode de instrumentos sobre que descansa su función** (consentimiento informado, control de legalidad, y asesoramiento imparcial y equilibrador de las diferencias de información entre las partes).

— **Los efectos que** en beneficio de la ciudadanía, y, en último extremo, de nuestro

propio sistema constitucional, **debe producir nuestra actuación: la presunción** —solo destruye ante los Tribunales— **de legalidad, autenticidad e integridad, de forma y fondo, del documento que autorizamos o la póliza que intervinimos.**

El Notario ha de asumir la obligaciones de colaboración con las Administraciones públicas, pero ni esa es su función, ni esas obligaciones la adornan o enriquecen, dándole un contenido “social” del que, con todo merecimiento, disfruta y ha disfrutado siempre por sí misma

Claro que el Notario ha de asumir de modo activo y dar cumplimiento puntual y exacto a las obligaciones de colaboración con las Administraciones públicas que se le impongan, pero **ni esa es su función, ni esas obligaciones la adornan o enriquecen, dándole un contenido “social” del que, con todo merecimiento, disfruta y ha disfrutado siempre por sí misma.**

Una reflexión sobre la MIFID



MARIA ÀNGELS VALLVÉ I RIBERA

Notaria de Barcelona. Licenciada en Derecho y en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Barcelona. Fue la primera Agente de Cambio y Bolsa de España (1971). Presidente del Consejo de Administración del grupo GVC Gaesco.

El papel que ha jugado el sector financiero en la reciente crisis que todavía sufre la economía mundial ha sido fundamental. En efecto, la **explosión de la burbuja inmobiliaria ligada a una excesiva proliferación de productos financieros creados ad hoc con evidente irresponsabilidad, supuso el punto de inflexión** a partir del cual se desencadenó la situación que hoy en día conocemos y sufrimos. A raíz de la misma se han realizado numerosos comentarios y reflexiones acerca de si este sector carecía o no de una regulación adecuada y actualizada y, en el caso de que así fuera, si los órganos supervisores habían actuado con la debida contundencia y eficacia, evitando así el descalabro producido.

Estas líneas a modo de reflexión pretenden exponer de qué modo la Unión Europea ha tratado de regular los mercados de instrumentos financieros y hasta qué punto los resultados han sido hoy por hoy los pretendidos.

En efecto, la Unión Europea aprobó el 21 de abril de 2004 la **Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID, Markets Instruments Financial Directive)** que, junto con sus normas de desarrollo, **entró en vigor el 1 de noviembre de 2007.**

La MIFID regula la prestación de determinados servicios y actividades de inversión por parte de las Empresas de Servicios de Inversión (ESIs) y los Mercados Regulados (RMs). Entran en su ámbito de aplicación tanto los servicios principales (desde la recepción, transmisión y ejecución de órdenes de clientes hasta la gestión de plataformas de negociación pasando por el asesoramiento o la gestión de carteras) como los considerados auxiliares (administración y custodia de títulos, informes y análisis, servicios de financiación y aseguramiento, etc) que tengan por objeto cualquier instrumento financiero (acciones,

bonos, obligaciones derivados, participaciones en fondos de inversión, swaps, etc).

Establece así un régimen de autorización de actividad según el cual otorga a una ESI el pasaporte europeo que le permita ejercer su actividad libremente en cualquier país de la Unión. Para ello esta autorización será revisada periódicamente y sometida a continua supervisión. **Introduce asimismo normas de conducta muy estrictas que garanticen la protección del inversor.** Los intermediarios deben asegurarse de la idoneidad del cliente cuando le ofrecen un producto o un servicio. También están obligados a obtener el mejor resultado posible de la negociación de sus órdenes, así como cumplir una estricta tramitación de las mismas que asegure una ejecución rápida y equitativa, y respete su prioridad respecto a las órdenes por cuenta propia, siguiendo un escrupuloso procedimiento cronológico.



Así y en este mismo orden de consideraciones la Directiva establece para las ESIs **tres categorías de inversores**.

1. **Contrapartes elegibles:** entidades de créditos, ESIs, compañías de seguros, fondos de inversión y de pensiones, otros inversores institucionales.
2. **Profesionales:** clientes cuyos conocimientos del mercado y experiencia les excluye, a solicitud propia, de la normativa propia del cliente minorista.
3. **Minoristas:** todos los clientes no incluidos en las categorías anteriores.

Los intermediarios, de acuerdo con ello deben asegurarse de la idoneidad del cliente cuando le ofrecen un producto o servicio. Y esta idoneidad se evalúa a través de su situación financiera, nivel de conocimiento, experiencia e historial como inversor, etc., extremos éstos que deberán estar recogidos en el propio expediente del inversor junto con la elaboración de los correspondientes Test de Conveniencia y/o de Idoneidad según que el servicio ofrecido sea el de administración de valores o el de gestión discrecional de su cartera de valores.

La MIFID diseña, al mismo tiempo, un escenario de competencia en el ámbito de la contratación, abandonando el principio de concentración. Es decir, permite en aras al "sagrado" principio de la competencia que la compra venta de instrumentos financieros no bancarios pueda ser realizada fuera de los mercados oficiales (tradicionalmente las Bolsas de Valores europeas sujetas a regulación y supervisión).

La MIFID regula la prestación de determinados servicios y actividades de inversión por parte de las Empresas de Servicios de Inversión (ESIs) y los Mercados Regulados (RMs)

Para ello **crea dos tipos de Centros de Negociación: Los Sistemas Multilaterales de Negociación (SMNs) y los Internacionalizadores Sistemáticos (SIs)**. Los primeros son plataformas multilaterales de acceso universal y no discriminatorio que operan teóricamente en las mismas condiciones que las bolsas, aunque sin la función de

admisión a cotización pero con un grado altamente inferior de supervisión. Los segundos son aquellas entidades que con respecto a determinados instrumentos financieros, ejecutan órdenes de clientes contra su cuenta propia.

En suma, la MIFID **introduce la homogeneización en la regulación de las empresas de servicios de inversión y a los operadores en el mercado y al mismo tiempo abre éstos a la competencia** mediante la supresión del principio de concentración con grave deterioro del principio de transparencia.

Pues bien, transcurridos más de tres años de su entrada en vigor se aprecia que **la introducción de los nuevos Sistemas Multilaterales de Negociación introducidos por la Directiva** para reducir en parte la negociación que se llevaba a cabo en Mercados OTC (Over the Counter), **ha tenido unos resultados contrarios a la pretensión del legislador.** En efecto, antes de la introducción de esta normativa el grueso de la negociación de valores en Europa se realizaba en las principales Bolsas (Londres, Euronext, Deutsche Börse, BME...) y un porcentaje pequeño se hacía en los mercados no regulados OTC (Over The Counter). Actualmente los SMNs han captado un porcentaje muy significativo de la negociación en los mercados regulados y al mismo tiempo ha aumentado el volumen contratado a través de los OTC.

Por tanto, bajo la premisa de seguir un principio de competencia, **se ha alimentado una competencia con bases y regulación no equitativas.** Mientras un segmento del mercado está sujeto, como debe ser, a normas reguladoras dedicadas a su propia integridad y a la protección al inversor, la competencia sigue otros caminos. Y lo que es más grave, mientras que la MIFID perseguía mediante la creación de los SMNs canalizar la operativa que se producía en el mercado OTC, la realidad ha sido que las ya mencionadas SMNs han drenado sistemáticamente operaciones reguladas y supervisadas de los mercados tradicionales, habiendo crecido la proporción de las operaciones en el OTC.

A mayor abundamiento, **han aparecido en los últimos años unas redes de negociación operadas por intermediarios financieros que bajo la pretensión de desarrollar un tipo de negocio diferente, gestionan la negociación multilateral**

de órdenes de clientes en condiciones de nula transparencia al no ajustarse a ninguna de las categorías definidas por la MIFID. Ni son SMNs ni son internacionalizadores. Ello conlleva una mayor opacidad al mercado, le priva de transparencia, supone una competencia desleal con los centros que sí están sujetos a la norma y puede generar un enorme riesgo de deterioro en la protección del inversor por carecer de una adecuada supervisión.

Bajo la premisa de seguir un principio de competencia, se ha alimentado una competencia con bases y regulación no equitativas

Otro grupo de agentes del mercado, **las sociedades emisoras, se han visto perjudicadas también por la excesiva fragmentación de los mismos.** En efecto, un emisor decide cotizar en Bolsa después de un lento proceso de reflexión en el que se valoran principios como el de liquidez, eficiencia, o proximidad con el organismo rector del mismo. Pues bien, a partir del momento en que un emisor se halla admitido a cotización, nada impide que esas acciones se negocien en estas otras plataformas alternativas, haciendo imposible que las emisoras puedan conocer con suficiente fundamento las variables que determinan el precio de las mismas. Y en momentos de extremada volatilidad, se han sentido totalmente desorientadas ya que los centros tradicionales donde fueron admitidas a cotización no les han podido proporcionar ninguna respuesta o explicación a las posibles variaciones o movimientos especulativos de sus precios.

Mientras tanto, **la Comisión Europea ha abierto una serie de consultas con los participantes del mercado a través del CESR (ahora denominado ESMA).** y existe un **amplio consenso entre ellos en relación a la necesidad de revisar y modificar la normativa.** Los mercados europeos son menos transparentes y existe un gran desequilibrio en cuanto a su regulación entre las distintas plataformas de negociación, lo que ocasiona graves consecuencias en materia de protección del inversor así como en la viabilidad de las emisoras.

La tarea no resulta nada fácil por varias y múltiples razones. La actividad financie-



ra goza de una vitalidad tan asombrosa y evoluciona a tal velocidad que resulta prácticamente imposible al legislador seguirla en un espacio corto de tiempo con la correspondiente regulación acompañada, a su vez, de una eficaz supervisión. El problema se agrava todavía más al constatar que **no se trata exclusivamente de regular los mercados financieros de la Unión Europea sino que las circunstan-**

cias actuales de comunicación y globalización requieren un compromiso global máximo cuando van surgiendo día a día nuevas alianzas que pueden suponer una concentración de los principales centros de negociación mundiales. Sin embargo, el mundo financiero y económico en general ha conocido y sufrido en sus propias carnes y muy recientemente las consecuencias de esta falta de control, y **la responsabilidad**

de sus dirigentes requerirá consensos y compromisos que puedan evitar abusos e incoherencias nacidas al abrigo de la poca transparencia de las transacciones. La profundidad del problema con todas sus implicaciones económicas, ideológicas o morales quizás pueda sorprender e intimidar pero, por otro lado, supone un reto tremendamente atractivo a resolver en la actual década.



Hacia una nueva política notarial



JOAN CARLES OLLÉ I FAVARÓ

Notario de Barcelona y Decano del Colegio Notarial de Cataluña

El notariado vive una larga etapa de gobierno corporativo, que dura ya más de seis años, sin duda un periodo de tiempo más que suficiente para poder hacer una valoración de conjunto de los elementos más destacados de una gestión. Es una obviedad que **el actual equipo directivo es una continuación del que a finales 2004 accedió al poder notarial**. Antonio Ojeda era el Vicepresidente en el mandato de José Marqueño y, a su vez, el nuevo Presidente, Javier Guerrero, lo ha sido en la reciente y breve Presidencia Ojeda. Pero más allá de la continuidad de las personas, y de las distintas coyunturas, nadie puede poner en duda que **en sus líneas fundamentales se trata de una misma política corporativa**. Por el momento, el Decano de Canarias no ha anunciado ningún cambio sustancial, lo que hace presagiar un estricto continuismo.

En el ámbito interno, el periodo analizado está marcado por una **fuerte y grave división interna**, probablemente de las mayores que haya sufrido el notariado en

los ciento cincuenta años de su historia moderna. No conozco en profundidad lo que aconteció en el seno del Consejo anterior, aunque por las informaciones de que dispongo, las cosas no difieren en demasía de cómo van ahora. La verdad nos hará libres, para decirlo en términos bíblicos: **en los dos años de la Presidencia de Antonio Ojeda, los cinco Colegios que votaron la candidatura alternativa (que presentó un servidor) y, que representan prácticamente a la mitad de los notarios españoles, han sido sistemáticamente excluidos en la toma de decisiones y de toda participación en los órganos decisorios**. Tal opción, según mi parecer, cabe atribuirle principalmente al Presidente y Vicepresidente que son quienes, en definitiva, tienen la responsabilidad de presentar las propuestas y forjar las mayorías en la adopción de los acuerdos.

A mi juicio, **instalarse en el escenario descrito supone una decisión legítima pero profundamente errónea**, que está en la base de todos los males que aquejan hoy

al notariado. El unilateralismo con el que se ha gobernado la corporación durante todos esos años ha levantado un muro divisorio cada vez más alto entre dos visiones de la profesión crecientemente alejadas en capítulos corporativos esenciales y prioritarios. **Hasta que el notariado no recupere la unidad perdida está condenado a una debilidad permanente**. Es esencial para superar la penosa situación actual que entre todos seamos capaces de alcanzar una Comisión Permanente de consenso, con integración de programas y sensibilidades, en la que puedan sentirse representados la gran mayoría de Colegios Notariales y de los notarios españoles.

La actuación unidireccional ha incidido de manera muy negativa sobre la profesión en capítulos claves, como el de la organización de las nuevas tecnologías, donde rápidamente estamos asistiendo a una drástica externalización de la actividad a través de empresas íntegramente participadas como ANCERT Y SERFIDES, que quedan



fuera de control del Consejo, habiéndose llegado al extremo de que las cuentas de estas compañías en los dos últimos ejercicios se han aprobado directamente por el Presidente, sin votación del Consejo. Por si fuera poco, tales empresas muy a menudo parecen no entender la idiosincrasia del notario y de la notaría, generando rechazo su proceder en amplias capas de la profesión. Tanto o más **graves son las penosas incidencias que se han producido en el capítulo de las compensaciones institucionales**. Por partida doble, el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid han desautorizado las cantidades asignadas al Presidente y Vicepresidente, pero aún no parece ser suficiente para dar el brazo a torcer. Lamentablemente, las justificadas discrepancias de algunos Colegios no fueron atendidas, por lo que se han tenido que pronunciar finalmente los tribunales. **Todo esto supone un desgaste enorme para la corporación.**

El unilateralismo con el que se ha gobernado la corporación durante todos esos años ha levantado un muro divisorio cada vez más alto entre dos visiones de la profesión crecientemente alejadas en capítulos corporativos esenciales y prioritarios

Situándonos en el ámbito externo, yendo al núcleo esencial de la política notarial de este último sexenio, **nuestra cúpula directiva todo lo ha fiado a una idea muy simple y elemental: el notariado tiene que ofrecerse como máximo colaborador de la Administración**, dar a ésta unas prestaciones y funciones por encima de las de otros operadores e incluso a las solicitadas por los propios poderes públicos, en la confianza que ello después sería de alguna forma recompensado con una legislación sensible a nuestros intereses, en especial en los dos temas claves de la relación con los registradores y las presiones desreguladoras. Dejando de lado la opinión que pueda merecer un planteamiento de esta naturaleza que, insisto, no hay duda es el eje sobre el que ha gravitado y gravita en lo fundamental toda la política del notariado, creo que **a día de hoy nadie puede dudar que la misma ha agotado ya todo**

su recorrido. Los resultados están a la vista y son conocidos por todos.

A las pruebas me remito. **El desgraciado artículo 143 del Reglamento Notarial**, al final, será prácticamente lo único que quedará en pie de la Reforma del Reglamento Notarial obrada en virtud del RD 45/2007. La **Sentencia del TS de 18 de agosto de 2008** anuló los más importantes artículos de la reforma y dejó prácticamente en nada el gran proyecto aquella Presidencia. La estrecha colaboración con la Administración **en la lucha contra el blanqueo de capitales y el fraude fiscal**, en principio loable y positiva, últimamente está dando lugar a una legislación que impone a los notarios unas crecientes y ya casi inasumibles obligaciones de investigación e información, que están desnaturizando la profesión. El propio notariado todavía agrava más esta cuestión, al hacer desde la OCP y el CGN una interpretación expansiva de dicha legislación, que acaba imponiéndose a los notarios de manera oblicua a través de los Índices que, aparte de la labor estrictamente fedataria, ya se han convertido en el eje sobre el que gira toda la actividad de la notaría, en detrimento de las tradicionales funciones de asesoramiento, consejo y atención al ciudadano que siempre han caracterizado el trabajo del notario. Podemos recordar también las **continuas iniciativas legislativas de sustitución del documento público y de la intervención del notario en determinados ámbitos**.

Lo peor, aún, es **la situación del arancel notarial**, objeto de continuas y crecientes rebajas, lo que sitúa a muchos despachos en una difícil situación económica y a cada vez un mayor número de documentos por debajo del coste medio ponderado, es decir, que el precio queda por debajo del coste de su elaboración. Los ejemplos son continuos: Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario que dejó como documentos sin cuantía las subrogaciones, novaciones y cancelaciones, el RD Ley 8/2010 de medidas para la reducción del déficit público, que introdujo una rebaja general del cinco por ciento, y más recientemente el RD Ley 13/2010 con la constitución de sociedades exprés, incomprensiblemente tan elogiadas desde algunos ámbitos. No quiero decir que desde la cúpula notarial estos últimos años se haya desatendido la cuestión arancelaria, pero desde luego no se le ha dado a esta

fundamental cuestión la prioridad y la importancia que reviste. **En estos momentos es ya el sostenimiento de la oficina notarial y el futuro de la profesión lo que está en juego.**

Hay que decir claramente la verdad: la situación actual del notariado es negativa, y además está empeorando de manera progresiva

Hay que decir claramente la verdad: **la situación actual del notariado es francamente preocupante, y además está empeorando de manera progresiva**. El peor ciego es el que no quiere ver. Es un error querer maquillar la realidad y presentar como éxitos lo que no son sino nuevos y severos correctivos y retrocesos. Seguramente se han hecho las cosas con la mejor intención, pero la pura realidad es que no han salido bien. En otro caso, no se entendería la dimisión de Antonio Ojeda. **Es el momento de iniciar una nueva política notarial y encarar el futuro con nuevas orientaciones**. Es, por ejemplo, el momento **de reformar el reglamento notarial para introducir la elección directa y universal del Presidente del Consejo y su equipo de gobierno**, por que es lo que pide con toda justicia la inmensa mayoría de los notarios y por que supondrá alcanzar la plenitud democrática de la corporación.

Y sobre todo es el momento del consenso y la concordia: la experiencia de los tormentosos últimos años hace pensar que el notariado y el conjunto del sistema de seguridad jurídica preventiva, probadamente útiles y beneficiosos para la sociedad española, solo estarán en condiciones de alcanzar sus objetivos y de encarar con éxito su futuro, si los miembros que lo componen son capaces de dejar atrás sus tendencias autodestructivas. Los objetivos parecen claros y asequibles: **unidad interna, cierre del conflicto con los registradores y mayor independencia de criterio frente a la Administración**, apoyándose también en otras formaciones políticas con relevante presencia en la Cortes. A partir de ahí, la resolución de los problemas existentes, sin ser fácil ni mucho menos, se revela plausible. ¿Están en condiciones, el nuevo Presidente y Vicepresidente, de dar un golpe de timón e impulsar esas nuevas políticas? El notariado está al límite, y pronto será tarde.



“Si no hay un consenso de mínimos en un plazo razonable, acometeremos la modificación en profundidad del actual modelo de seguridad jurídica preventiva”

Francisco Caamaño Domínguez

Ministro de Justicia

Autora: Cristina Gallardo

Llegó al Ministerio de Justicia “en un momento difícil” y ha encabezado la puesta en marcha del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia, un “programa de renovación” que conjuga numerosas reformas normativas y pone el acento en la generalización de las nuevas tecnologías y la firma electrónica en la Administración de Justicia. En este ámbito, Francisco Caamaño destaca los avances del Notariado, pues “los casi tres mil Notarios de España disponen de firma electrónica reconocida”.

En el ámbito de las nuevas tecnologías, en los últimos tiempos se ha impulsado una profusa legislación en materia de correo electrónico, impulso de la sociedad de la información y firma electrónica que también han afectado la función Notarial y en cuya implantación se seguirá trabajando en el 2011-2012.



Entrevista

P: ¿Qué balance hace de su gestión, superados ya los dos años de su mandato al frente del Ministerio de Justicia?

R: Llegamos al Ministerio de Justicia en un momento difícil y después de casi dos años al frente del mismo puedo decir que estamos cumpliendo nuestros compromisos de reforma y cambio. Nos propusimos unos objetivos ambiciosos y nada fáciles de alcanzar pero, a pesar de las dificultades, en poco tiempo hemos hecho mucho. Con transparencia y siempre buscando el consenso.

Comenzamos en el año 2009 con la aprobación del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012, que ha sido la guía para nuestro programa de renovación. Desbloqueamos en el parlamento las leyes necesarias para la puesta en marcha de la Nueva Oficina Judicial y hemos trabajado sin descanso para que lo que era una promesa en el año 2003 haya comenzado a ser realidad en el año 2010.

Intensificamos todos los programas de modernización tecnológica de nuestro sistema de justicia con el propósito de implantar el expediente digital electrónico y favorecer que todos los tribunales del país puedan trabajar en red e interactuar telemáticamente con los profesionales del derecho y los ciudadanos. Respecto de esta concreta materia, en estos dos años hemos dado pasos de gigante. El desarrollo de Lexnet y de Minerva NOJ, del Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad —pactado con las CCAA, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial—, con el que conseguiremos la interconexión de todos los órganos judiciales del territorio, y la consolidación del sistema SIRAJ de registros judiciales nos está permitiendo ganar en eficiencia, ahorrar tiempo y evitar duplicidades aportando mayor seguridad.

A todo ello ha de unirse la generalización de los sistemas de videoconferencia en las salas de vista y, sobre todo, la digitalización e informatización de los datos que figuran en los Registros Civiles desde el año 1950 hasta la actualidad, con el fin de que a la entrada en vigor de la nueva ley desaparezca el sistema actual basado en libros (un registro de hechos y judicializado) y se implante otro, completamente distinto (un registro de personas y de carácter administrativo), que opere electrónicamente como

una base de datos nacional confeccionada a partir de ficheros personales.

En este mismo ámbito, el pasado 17 de diciembre de 2010 presentamos el Anteproyecto de Ley reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia, en el que se reconocen nuevos derechos para los ciudadanos y se fijan obligaciones para los profesionales de la justicia para potenciar su utilización y pasar, por fin, del legajo al expediente electrónico, de la notificación por correo certificado a la que se hace por correo electrónico, de la autorización escrita a la firma digital, del archivo físico a la base de datos, y prestar, en definitiva, un servicio más ágil y de calidad para los ciudadanos.

P: ¿Y tomaron medidas para mejorar la calidad y rapidez del Departamento?

R: Por una parte, con el objetivo de reducir la carga de trabajo de nuestros juzgados y tribunales, desde el Ministerio hemos promovido y puesto en marcha multitud de iniciativas y actuaciones. Entre éstas destacan el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Proyecto de Ley de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, actualmente en tramitación parlamentaria, que potencian los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos.

Por otra, con el objetivo de mejorar la calidad y la rapidez de nuestra Administración de Justicia, el pasado día 17 de diciembre presentamos el Anteproyecto de Ley de Agilización Procesal en Consejo de Ministros. En el mismo se suprimen trámites innecesarios, se reduce el número de procedimientos y se amplían las posibilidades de acogerse a los procesos más breves, además de racionalizar el sistema de recursos, entre otros aspectos.

Todo ello sin olvidar el conjunto de refuerzos que han sido aprobados por el Ministerio de Justicia para los órganos judiciales con más trabajo y que, sólo en el año 2010, superan los 12 millones de euros.

También hemos operado en el ámbito de los Registros. En concreto, el Proyecto de Ley de Registro Civil, que se encuentra en tramitación parlamentaria, configura un Registro Civil moderno, rápido y accesible, único para toda

España, que se traducirá en un ahorro de costes y de desplazamientos para los ciudadanos. Asimismo, en lo que al Registro Civil Central se refiere, en junio del año pasado se aprobó un plan de choque para reducir su carga de trabajo, articulado en base a dos tipos de medidas: a corto y a medio plazo. Entre las medidas a corto plazo destacan el refuerzo temporal de las plantillas, la ampliación de la jornada de trabajo, la habilitación de un correo electrónico específico para la solicitud y expedición de certificaciones, la reestructuración de los servicios de atención al ciudadano y cursos de formación para favorecer la especialización y el rendimiento del personal. Entre las medidas a medio plazo, las actuaciones dirigidas a la interoperabilidad del Registro, la informatización de los Registros Consulares y la digitalización de los datos, así como la reforma del Reglamento del Registro Civil para mejorar los procedimientos de gestión.

Como pueden comprobar, se trata de un conjunto de iniciativas muy importantes, a las que hay que añadir otras muchas, como son la reforma del Código Penal, la reforma de la Jurisdicción Social, la reforma de la Ley Concursal o la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Planta para crear los tribunales de instancia.

La meta definitiva es situar a nuestra Administración de Justicia en el siglo XXI

Todo ello por poner algunos ejemplos de lo ya realizado, sin perjuicio de que seguiremos trabajando como hasta ahora para alcanzar la meta definitiva que no es otra que situar a nuestra Administración de Justicia en el siglo XXI.

P: ¿Qué otras normas de las proyectadas para el período 2011-2012 incidirán en el ámbito notarial?

R: Dada la función desarrollada por los Notarios y que se proyecta en diverso ámbitos del Derecho (Derecho Inmobiliario, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho de Sociedades), quisiera destacar alguna de las propuestas normativas impulsadas por este Ministerio para el período 2011-2012 como son el Anteproyecto de Ley de Medidas de Agiliza-



ción Procesal, el Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Ley Concursal, el Proyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje, el Proyecto de Ley del Registro Civil, el Anteproyecto de Ley de Mediación, o el Anteproyecto de la Ley Reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, entre otras.

Asimismo, trabajamos en la adaptación de la normativa notarial a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, impulsando la reforma del artículo 182.1 del Reglamento Notarial (capacidad para intervenir como testigo en una escritura) cuya ratio son los artículos 2, 4 y 12.4 de la precitada Convención y el artículo 49 de la Constitución. Adaptación que exige la apertura de una senda de cambios para promover, proteger y garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

El proyecto de Ley del Registro Civil ha incorporado entre los hechos y actos inscribibles figuras en cuya constitución el notario cumple una función esencial

En la misma línea, el Proyecto de Ley del Registro Civil ha incorporado, entre los hechos y actos inscribibles (artículo 4), figuras en cuya constitución el Notario cumple una función esencial. Se trata de la autotutela y el apoderamiento preventivo, los actos relativos a la constitución y administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, o la referencia expresa al régimen económico matrimonial legal o pactado.

Cabe destacar asimismo, en el ámbito de la persona y de la familia, las reformas proyectadas en materia de protección jurídica del menor y, especialmente, el futuro Anteproyecto de Ley de Reforma de diversas leyes en materia de incapacidades y cargos tutelares.

Por otra parte, en mi comparecencia ante la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (JURI) se planteó la necesidad de una ordenación sistemática en materia de sucesiones y testamentos en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, destaqué la necesidad de coordinación en materia de

consumidores, competencia y derecho de daños y nuestro apoyo al desarrollo dentro del Portal de E-Justicia de un Registro Europeo de Últimas Voluntades.

En el ámbito de las nuevas tecnologías, en los últimos tiempos se ha impulsado una profusa legislación en materia de correo electrónico, impulso de la sociedad de la información y firma electrónica que también han afectado la función Notarial y en cuya implantación se seguirá trabajando en el 2011-2012.

En este sentido, quisiera destacar los avances del Notariado en materia de nuevas tecnologías, pues, como puso de manifiesto el informe del Consejo del Notariado de 2008, los casi tres mil Notarios de España disponen de firma electrónica reconocida.

Finalmente, recientemente se ha aprobado la Resolución de 13 de enero de 2011 de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se determinan los requisitos y condiciones para tramitar por vía telemática las solicitudes de los certificados de últimas voluntades y contratos de seguros de cobertura de fallecimiento y se establecen modificaciones en el Modelo 790 de autoliquidación y de solicitud e instrucciones para las solicitudes presenciales y por correo de los certificados de actos de última voluntad y contratos de seguros de cobertura de fallecimiento.

P: ¿En qué sentido repercuten en la labor diaria de notarios y registradores preceptos como los contenidos en el Real Decreto 13/2010, de 3 de diciembre?

R: Los preceptos contenidos en esa disposición inciden claramente en la labor diaria que desempeñan los profesionales de la seguridad jurídica preventiva pero, sobre todo, mejoran las evaluaciones sobre la competitividad de nuestra economía y, por tanto, la confianza de la inversión extranjera tan importante en estos momentos.

Algunas de estas medidas se dirigen a la agilización y reducción de costes del proceso constitutivo de las sociedades de capital, especialmente las de responsabilidad limitada con capital social no superior a 30.000 euros que no tengan entre sus socios personas jurídicas y cuyo órgano de administración se estructure como un administrador

único, varios administradores solidarios, o dos administradores mancomunados.

Además, la reforma pretende que, con carácter general, la constitución de sociedades de responsabilidad limitada se efectúe en un periodo temporal reducido de entre uno y cinco días. Con ello se hace compatible el modelo de seguridad jurídica preventiva con la imprescindible agilidad en el proceso constitutivo de sociedades mercantiles.

Es mucho lo que nos jugamos en ello. Si la aplicación práctica de estas disposiciones no produce el efecto deseado, en sintonía con lo que ya está ocurriendo en algunos países europeos, comenzará a cuestionarse la necesidad misma de que, en esta materia, salvo el fiscal, sean necesarios otra clase de controles previos, aunque sean de mera legalidad. Los que creemos de verdad en la seguridad jurídica preventiva debemos esforzarnos para que estas nuevas vías de constitución de cierto tipo de sociedades sean eficaces en la práctica, porque todos los reparos a su aplicación sólo conducirán a que se busquen soluciones alternativas en las que los controles de legalidad se produzcan después del acto de constitución.

P: ¿Supondrán un avance las sociedades constituidas telemáticamente?

R: Naturalmente, puesto que es necesario destacar en este punto que el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, "de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo" prevé la posibilidad de que los emprendedores que decidan crear una sociedad de responsabilidad limitada puedan realizar todos los trámites en una notaría. De esta forma se reconoce la importancia del Notariado y de su labor de servicio al ciudadano, ya que se dispone no sólo del conocimiento sino también de las herramientas tecnológicas apropiadas para ayudar y facilitar todas esas tareas.

En el Real Decreto se parte de unos presupuestos relativos al tipo societario, al capital social así como a la estructura del órgano de administración y se establecen determinados requisitos y obligaciones procedimentales, de modo que a tales presupuestos y requisitos se anudan específicos efectos para conseguir el pretendido ahorro de trámites y de costes en la cons-



Entrevista

titución de tales sociedades. En todo caso, el procedimiento establecido se basa en la obligación de tramitación telemática y la realización de trámites también en formato electrónico, dentro de unos plazos determinados. Además, a la constitución de sociedades con las características descritas y con el procedimiento telemático señalado se anuda la reducción de costes, concretados en la fijación de aranceles notariales y registrales, la exención de impuestos y de tasas de publicación.

El Gobierno ha confiado en la función de los notarios y registradores para inyectar esa agilidad en la constitución de sociedades y ha apreciado muy favorablemente el intenso uso que hacen de las nuevas tecnologías. Por eso existen fundadas razones para confiar en el buen resultado práctico del nuevo marco normativo.

P: ¿Cómo juzga el papel de los notarios?

R: El artículo 9.3 de la Constitución Española reconoce el principio de seguridad jurídica como uno de los que han de presidir nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, el relevante papel de los fedatarios públicos que son un elemento fundamental para garantizar la efectiva realización de ese principio.

La función del Notario, al que se atribuye la doble condición de oficial público y profesional del Derecho, es esencial en nuestro sistema público de seguridad jurídica preventiva y forma parte inescindible de nuestra cultura jurídica.

La labor del Notariado reflejada en su máxima "*nihil prius fide*" ha contribuido a generar confianza y certeza en el tráfico jurídico, asegurando derechos, delimitando capacidades conforme a lo dispuesto en la ley y, por tanto, consolidando los diversos actos jurídicos desde las posiciones de igualdad queridas por el legislador. La intervención del notario evita litigios pero sobre todo hace que la constitución del negocio jurídico se lleve a cabo, desde su inicio, bajo el imperio de la ley, garantizándose el equilibrio que en abstracto persigue la legalidad, como presupuesto necesario para hacer cierto el principio de autonomía de la voluntad.

P: ¿Cómo valora el actual modelo de seguridad jurídica preventiva?

En cuanto a mi valoración del actual modelo, entiendo que ha acreditado una eficiencia muy notable, contribuyendo al eficaz funcionamiento de la vida económica, así como a la disminución de la conflictividad y la menor judicialización del tráfico jurídico civil y mercantil.

Debemos esforzarnos porque las nuevas vías de constitución de cierto tipo de sociedades sean eficaces en la práctica

En el momento actual algunas de las principales reformas acometidas en el marco de la seguridad jurídica están directamente relacionadas con la simplificación y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

En dicho contexto, últimamente se han introducido reformas relativas a la fe pública y al sistema de seguridad jurídica preventiva, cuya finalidad esencial es acomodarlo a las exigencias de una economía moderna, con especial incidencia en los medios electrónicos que redundan en claro beneficio para los ciudadanos. Me refiero, especialmente, a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, ley 24/2005, de 18 de noviembre de reformas para el impulso de la productividad, que contiene un Capítulo II, "Fe pública", siendo destacable la obligación implantada a los notarios y registradores de disponer de firma electrónica reconocida y la necesidad de que ambos estén interconectados, o el Real Decreto 45/2007, por el que se modifica el Reglamento del Notariado.

P: Desde algunos sectores se habla de la necesidad de lograr una mayor coordinación entre notarios y registradores ¿Piensa que es necesaria alguna reforma o medida de modernización?

R: El actual sistema de seguridad jurídica preventiva notarial-registral ha funcionado con notable eficiencia, generando confianza en los ciudadanos. Pero como

en todo servicio público ha de trabajarse por racionalizar los costes, suprimir cargas innecesarias y suprimir duplicidades. Para ello nada mejor que una buena coordinación y delimitación de funciones entre notarios y registradores, así como entre estos profesionales del derecho y otras instancias públicas como el Catastro o la Administración Tributaria.

Por ello mismo, la reforma del vigente sistema de seguridad jurídica preventiva no se agota con la incorporación de nuevas tecnologías. Es necesario introducir otros cambios que, a mi juicio, deben articularse manteniendo las garantías del sistema.

P: ¿Está entre sus objetivos la aprobación de una Ley de Seguridad Jurídica Preventiva?

R: Hemos realizado algunas reformas normativas que afectan a la función de notarios y registradores y, en estos momentos, las modificaciones se están situando en aquellos aspectos económicos y jurídicos que se consideran prioritarios por favorecer el tráfico jurídico y mercantil. Además, si queremos una buena reforma del actual modelo nada mejor que trabajar por estimular el consenso entre los profesionales del sector. Por tanto, hace falta una ley de seguridad jurídica preventiva pero también un consenso de mínimos entre quienes han de aplicarla. Nosotros vamos a intentar que ambos propósitos caminen juntos y si esa opción se demuestra como no viable en un plazo razonable, acometeremos la modificación en profundidad del actual modelo.

P: ¿Qué opinión le merecen las diferencias, e incluso enfrentamientos, que en algunas ocasiones se producen entre los colectivos de notarios y registradores? ¿Piensa que en el futuro podría prosperar la línea de consenso seguida por los Colegios de Notarios y Registradores de Cataluña?

R: Por regla general, Notarios y Registradores actúan en el tráfico jurídico colaborando armónicamente, aunque a veces se producen algunos debates derivados en su mayoría de ámbitos de competencia indefinidos o incorrectamente delimitados por el legislado. Evidentemente, la existencia de algunas duplicidades de difícil



explicación para el ciudadano tampoco facilita las cosas y muchas cuestiones jurídicas pueden derivar, en ocasiones, en tensiones de poder entre colectivos.

La excepcionalidad en la divergencia no impide que, en ocasiones, alguna pueda enquistarse generando puntuales tensiones entre notarios y registradores, y la consiguiente tentación de resolverlas utilizando instrumentalmente al legislador. Pues bien, nada peor para el vigente modelo de seguridad jurídica preventiva que desconocer la necesidad de preservar un consenso mínimo entre notarios y registradores y pretender una reforma legal de resolución unidireccional de conflictos. Si el legislador tiene que reformar sin un mínimo de consenso entre quienes han de aplicar la reforma se preguntará, no sobre la reforma de un modelo, sino acerca de la conveniencia de establecer un modelo distinto que ponga fin a debates de carácter corporativo.

El actual sistema de seguridad jurídica preventiva ha acreditado una eficacia muy notable. Quienes piensen que es un buen modelo deben apoyar la búsqueda de consensos

Por tanto, quienes piensen que el vigente es un buen modelo, un modelo a mejorar y no a abandonar, deben apoyar la búsqueda de consensos.

P: Desde la Dirección General de los Registros y del Notariado se habla con frecuencia de la necesidad de reforzar la función social de los notarios y de que su labor esté orientada a la colaboración con las Administraciones Públicas. ¿A qué funciones concretas se refiere el Ministerio de Justicia?

R: La función social del Notariado se proyecta en numerosos ámbitos del ordenamiento jurídico en los que desarrolla su función como el Derecho de Familia, el Derecho de Contratos o el Derecho de Sucesiones, con funciones de asesoramiento legal en compraventa de inmuebles, consumidores y cláusulas abusivas, apoderamientos preventivos, patrimonios protegidos de personas con discapacidad, régimen económico matrimonial, régimen sucesorio, relaciones paterno-filiales,

contrato de alimentos e incapacitación, entre otros. Así que el Notariado del Siglo XXI es y puede ser, con mayor intensidad, una pieza esencial para la proyección de la actuación de las Administraciones Públicas.

Esa tarea de asesoramiento y enlace se materializa cuando el notario facilita el cumplimiento de la normativa administrativa mediante la interconexión telemática con las Administraciones tributarias autonómica o local, con el catastro, o en la obtención directa de certificados de últimas voluntades y seguros de vida con cobertura de fallecimiento, por poner algunos ejemplos. Asimismo, debe destacarse muy singularmente su fundamental colaboración en la prevención del fraude fiscal y el blanqueo de capitales, así como en aspectos medioambientales y urbanísticos.

P: ¿Qué resultados ha tenido hasta el momento la colaboración de los notarios en la lucha contra el fraude y el blanqueo de capitales?

R: La actual normativa en materia de blanqueo de capitales (Ley 10/2010 de 28 de abril) determina que los Notarios tienen la condición de sujetos obligados en su prevención y lucha.

Con el fin de intensificar y canalizar la colaboración de los Notarios con las Administraciones Públicas —SEPBLAC, Policía Nacional, Guardia Civil, Audiencia Nacional, Fiscalías Antidroga y Anticorrupción, etc.— en la lucha contra los delitos económicos, el Consejo General del Notariado creó en diciembre de 2005 el Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales (OCP) en cumplimiento de la Orden EHA/2963/2005. Y la creación del OCP se valora muy positivamente tanto por el Ministerio de Justicia como por el Ministerio de Economía y Hacienda. Es este un modelo a seguir. Según los últimos informes de la Unidad de Inteligencia Financiera española, que es uno de los dos órganos de apoyo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, adscrito al Banco de España, los notarios son colaboradores fundamentales en la lucha contra el blanqueo.

El SEPBLAC viene señalando que, como en años anteriores, el peso de la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo sigue soportado ante todo por las entidades de crédito y, en un

segundo término, por los Notarios. Así, los Notarios han venido incrementando exponencialmente en los últimos años la cantidad y calidad de la información que ponen a disposición de las autoridades estableciendo mecanismos para agregar y centralizar la información de la que disponen a través del Índice Único Informatizado, base de datos que almacena y clasifica electrónicamente el contenido de todas las escrituras procedentes de las casi 3000 Notarías del país.

Conviene tener en cuenta, por otra parte, que el legislador español ha ido bastante más allá que sus socios comunitarios en la trasposición de la tercera directiva europea sobre blanqueo de capitales y, en este sentido, han puesto muy alto el listón de exigencia en la prevención del blanqueo de capitales.

Somos conscientes de que la adaptación de la directiva a la nueva normativa está suponiendo un esfuerzo más que considerable y que, en todo caso, el éxito en la aplicación de la normativa anti-blanqueo pende, pues, de una acción colectiva, más que individual, de sus destinatarios.

P: ¿Cómo avanza la tramitación del proyecto de ley de Registro Civil?

R: Se están cumpliendo los objetivos previstos en el Plan de Modernización de la Justicia. Actualmente el Proyecto de Ley del Registro Civil aprobado en Consejo de Ministros el 23 de julio de 2010, se encuentra en tramitación parlamentaria, por lo que son los Grupos Parlamentarios quienes tendrán la última palabra.

P: ¿Cree que han sido entendidos suficientemente los aspectos más innovadores del texto?

R: Estimo y creo que sí. La reforma profunda del Derecho del Registro Civil plasmada en dicho Proyecto de Ley es fruto de un laborioso proceso de estudio y búsqueda de una respuesta actualizada a la realidad de nuestra sociedad. Los aspectos más innovadores del texto obedecen a la idea de concebir un Registro civil de servicios pensado para el ciudadano y no como una carga que el ciudadano debe soportar.

En dicho sentido, el nuevo Registro Civil es una base de datos única configurada a partir de archivos personales. Por tanto,



no es un Registro Civil de hechos (como el nacimiento, matrimonio, etc.) sino de personas. Es un Registro civil informatizado y accesible electrónicamente; individual y no ordenado por secciones. Un registro desjudicializado, que cambia completamente su estructura organizativa y que abandona el criterio de competencia territorial.

Este nuevo modelo, orientado a personas —que al nacer tendrán un Código personal de ciudadanía que será después su número de DNI—se adapta plenamente

a los principios y valores proclamados en la Constitución y a los Convenios internacionales suscritos por España. Además se inspira en los sistemas ya establecidos en países como Alemania, Suiza, Portugal, Italia o Francia.

En definitiva, desde el Ministerio hemos realizado un notable esfuerzo por cambiar la estructura secular del Registro Civil y dotarla de un marco legal adecuado como instrumento que permite la constancia oficial del estado civil y condición de las personas,

de forma sencilla y directa a través del ordenador, sin necesidad de comparecencias personales, salvo para sustanciar algunos trámites muy específicos.

P: ¿Cuál será la principal repercusión en la función notarial de la puesta en funcionamiento de un Registro Civil único?

R: La modernización en la estructura organizativa del Registro Civil y su configuración como un Registro único, electrónico y orientado a las personas, estoy seguro de que incidirá positivamente en relación con la función notarial. El Proyecto prevé expresamente que los Notarios remitan por medios electrónicos al Registro Civil los documentos públicos y certificaciones que den lugar a un asiento en dicho Registro.

Pretendemos introducir fórmulas alternativas de resolución de conflictos, descargando de trabajo a los tribunales de justicia

Por otra parte, el Proyecto de Ley del Registro Civil ha incorporado entre los hechos y actos inscribibles (hay que tener en cuenta que desaparecen las inscripciones marginales), figuras en cuya constitución el Notario cumple una función esencial. Me refiero a la autotutela y el apoderamiento preventivo, a los actos relativos a la constitución y administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad (aunque ya se preveía su inclusión en la Ley 1/ 2009, de 25 de marzo, en el texto nuevo se le da un tratamiento más relevante) o la referencia expresa al régimen económico matrimonial legal o pactado.

P: ¿Qué acogida está teniendo entre los diferentes sectores profesionales el proyecto de Ley de Mediación y la Ley del Arbitraje?

R: Ambos textos son muy importantes desde el punto de vista de la reforma de la Administración de Justicia. Con ellos pretendemos introducir o mejorar fórmulas alternativas o complementarias de resolución de conflictos, descargando de trabajo a



los tribunales de justicia y fomentando una cultura jurídica que tiene notables ventajas pero que es desconocida o muy excepcional en nuestra práctica jurídica.

El proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles trata de ofrecer un medio de solución de controversias rápido y con un coste razonable, adecuado al conflicto concreto, en el que son los propios implicados los que encuentran la solución que más les conviene. El proyecto, respetando siempre el acceso a la tutela judicial, hace hincapié en el papel del mediador, los principios que informa el instituto y los estrictos elementos básicos de un procedimiento que ha de ajustarse a las necesidades de cada caso, hasta llegar, si las partes lo quieren, a un acuerdo que se reconocerá como título ejecutivo. Debe recordarse que el Estado no tiene título competencial para regular la mediación por lo que el proyecto regula el mínimo imprescindible para la efectividad de la institución en su ámbito procesal, civil y mercantil. De este modo aprovechamos la incorporación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles para establecer un régimen general aplicable en toda España con efectos jurídicos vinculantes con nuestra normativa procesal.

La Ley de Arbitraje es un texto que cuenta con un amplísimo consenso político y en cuya elaboración se ha tenido en cuenta la necesidad de dotar de mayores garantías a la institución para incrementar su uso. Desde hace mucho tiempo el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional pero algunas deficiencias de nuestra legislación impedían que su uso fuera asimilable al de otros países de nuestro entorno. Además Iberoamérica nos ofrece un gran potencial de desarrollo en este aspecto al compartir idioma, cultura e instituciones y categoría jurídica por lo que consideramos que la reforma fomentará esos lazos haciendo de España una estupenda sede de arbitraje internacional.

P: En este momento el Gobierno tiene presentados diversos anteproyectos de ley en el ámbito de la Justicia, entre ellos el de Tribunales de Instancia, el de Agilización de procedimientos Judiciales y el de Nuevas Tecnologías de la Administración de

Justicia. ¿Puede explicarnos los aspectos más destacados y cuál es la voluntad política que los impulsa?

R: También hay otros proyectos igualmente relevantes como el de la jurisdicción social o el de la reforma de la Ley concursal, pero comenzando por el Proyecto de Ley de Agilización Procesal hay que señalar que obedece a nuestra voluntad de simplificar procedimientos y reducir los tiempos de respuesta judicial, además de establecer una estructura del sistema de recursos que permita un aprovechamiento coherente y racional de nuestra Administración de Justicia. ¿Es coherente e institucionalmente rentable que al Tribunal Supremo puedan interponerse recursos de casación por 150.000 €? ¿Cuántas horas de trabajo ha de dedicar al trámite de admisión? ¿Es funcional y coherente diferenciar entre preparación e interposición del recurso? ¿Tienen sentido la existencia simultánea de los recursos de reposición y queja y las subsiguientes apelaciones en todos los trámites incidentales? Son algunas de las preguntas a las que hemos querido dar respuesta en este proyecto de ley, pensando siempre que el hipergarantismo procesal actúa en perjuicio de la otra parte en el proceso.

Nuevas tecnologías, procedimientos judiciales más sencillos y una organización de la justicia adaptada a la realidad. Estos son los conceptos sobre los que gravita este proceso de cambio

El segundo Anteproyecto es el relativo a la Ley Reguladora del uso de las Tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. La aplicación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia progresa de forma muy acelerada. A modo de ejemplo, la totalidad de órganos judiciales dependientes del Ministerio de Justicia cuentan con sistemas de grabación digital de las vistas, y en este mismo año la Audiencia Nacional será un Tribunal cero papel y el sistema de correo securizado LEXNET superará los 12 millones de actos de notificación.

Ante esta realidad es necesario regular mediante ley eficacia jurídica de todos estos actos procesales y, además, establecer los parámetros y principios informadores de

nuestro sistema de e-justicia. Pero también es imprescindible garantizar la interoperabilidad de todos los sistemas informáticos –estatales y autonómicos– que operan en el ámbito de la Administración de justicia para garantizar que los juzgados y tribunales puedan trabajar en red y conectarse con otras Administraciones públicas.

El tercero proyecto, que comporta una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la creación de los Tribunales de Instancia, es sin duda el más transformador de todos ellos. A su través se pretende que el primer nivel de la jurisdicción funcione de manera colegiada como lo hacen los niveles superiores. A tal fin, el proyecto establece la sustitución progresiva de los juzgados por los tribunales de instancia, de forma tal que cuando sea necesario dotar al tribunal de una plaza de juez o reformar la oficina judicial no sea necesario crear un nuevo juzgado. La organización colegial permite un mejor aprovechamiento de los recursos públicos, es el complemento idóneo del nuevo modelo de oficina judicial, potencia la justicia titular –pues la sustituciones se pueden llevar a cabo entre los jueces del propio tribunal– e introduce en la instancia el criterio de especialización puesto que los jueces del tribunal pueden agruparse formando secciones por razón de la materia.

Nuestro deseo es que estos tres proyectos de ley puedan entrar en vigor lo antes posible por lo que ya estamos trabajando con los diversos grupos parlamentarios para consensuar un conjunto de reformas que, por su alcance y naturaleza, son fundamentales para mejorar el servicio público de la justicia.

P: Para finalizar, ¿cuáles son las prioridades del Ministerio de Justicia para el resto de Legislatura?

R: Como no podía ser de otro modo, completar las actuaciones que se recogen en el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012. Concretamente, en el ámbito normativo ya estamos trabajando en el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Código de Comercio y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en materia de procedimientos de incapacidad para adoptar nuestra normativa a las exigencias europeas así como para garan-



Entrevista

tizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad.

Asimismo, y como consecuencia de la nueva regulación concursal, de la Ley de sociedades de capital, de la Ley de sociedades profesionales y de la propia Ley de Economía Sostenible, estamos adaptando la normativa reglamentaria del Registro Mercantil a esta nueva realidad con el fin de facilitar a los particulares la aplicación de los procesos y el cumplimiento de lo previsto en la Ley.

También estamos elaborando el Reglamento de Registro Público Concursal que,

ligado a lo que será la nueva regulación concursal, cumplirá la previsión del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, en lo relativo al nuevo sistema de publicidad telemática que supera la tradicional notificación en el BOE, revistiendo de mayor agilidad a estos procesos.

Por último, en lo que a sede electrónica del Ministerio se refiere, si el pasado 19 de enero presentábamos los nuevos certificados electrónicos de antecedentes penales, actos de última voluntad y seguro de cobertura de fallecimiento, en los próximos meses presentaremos los certificados telemáti-

cos de nacimiento, matrimonio y defunción. Con este mismo fin de acercar la justicia al ciudadano, estamos trabajando en el proyecto de Apostilla electrónica y en el Portal de Subastas Electrónicas que, además, proporcionará mayor transparencia al sistema. Como se ve, se trata de un conjunto de actuaciones que acompañan al proceso de modernización y transformación en el que ya nos encontramos. Nuevas tecnologías, procedimientos judiciales más sencillos y una organización de la justicia adaptada a la realidad de la España de hoy. Estos son, en esencia, los conceptos sobre los que gravita este proceso de cambio.

Compendio de Derecho Sucesorio. 3.^a Edición

NUEVO



Director:

Manuel de la Cámara Álvarez

La obra es la tercera edición de un libro que en sus anteriores ediciones gozó de una magnífica acogida, entre otras razones por la calidad del trabajo tanto del autor como de la persona que ha actualizado y puesto al día su contenido, ambos notarios, quienes, por su dedicación profesional, son, indudablemente, los juristas que mejor conocen el problemático entramado del Derecho sucesorio

Sin lugar a dudas, las cuestiones relativas al Derecho de sucesiones son una de las materias que generan mayor número de consultas al profesional jurídico.

De la propia complejidad de los aspectos sucesorios es buena muestra el Código Civil, que dedica a la regula-

ción de la materia más de 400 artículos. A ello se une, además, el hecho de que los derechos forales, plenamente vigentes en determinados territorios del Estado, tienen una normativa propia y particular en lo referente a la herencia y la distribución de los bienes del difunto.

Encuadernación: Tapa dura / Páginas: 492 / ISBN: 978-84-8126-879-9



“Me gustaría terminar el Libro VI del Código Civil catalán en 2014”

Pilar Fernández Bozal

Consejera de Justicia
de la Generalitat de Cataluña

Autora: Sandra Purroy Corbella

Con una dilatada carrera profesional, hasta el momento de su nombramiento como consejera de Justicia ocupaba el cargo de abogada del Estado en jefe en Cataluña. Pilar Fernández Bozal confiesa que, en esta nueva etapa, su gran prioridad es la culminación del Código Civil de Cataluña, con la redacción del Libro VI de Obligaciones y Contratos, una tarea para la cual cuenta “muy especialmente” con el Colegio de Notarios.



Entrevista

P: ¿Cuáles serán las prioridades de su mandato?

R: Tengo tres ámbitos muy concretos de funciones: Justicia, Prisiones y Derecho. Desde el punto de vista del Derecho, entiendo que el terreno de interés más directo de los notarios, la prioridad, es la culminación del Código Civil de Cataluña, con la redacción del Libro VI de Obligaciones y Contratos. Nos gustaría acabar este libro en 2014. Ya estamos trabajando en los nombramientos del Observatorio, porque ya saben que cuando cambia el consejero deben volver a hacerse todos los nombramientos y comenzarse de nuevo. Eso no significa romper estructuras, conceptos o funciones, pero sí que hay que poner primero el freno y luego ponerse a trabajar de nuevo. Y ahora estamos en esta fase inicial.

P: ¿Habrá que armonizar los Libros ya en vigor? ¿Piensa que hará falta alguna modificación?

R: Lo que haremos, como ya he hablado con otras personas del Observatorio actual y que continuarán colaborando a partir de ahora, es que como el Código Civil se ha realizado durante un periodo largo, ahora hace falta una armonización general de todos los libros y tal vez sí que se revisarán algunas cosas. Pero yo no soy la persona más indicada en estos momentos para decir exactamente en qué consistirá esta revisión o codificación. Es un tema del Observatorio y de codificación, y de personas que con sentido común y los conocimientos suficientes se dediquen a esta tarea. Además, tampoco quiero influir inicialmente diciendo una u otra cosa porque es un tema más de técnicos encargados de la tarea que de la consejera de Justicia. Yo debo respetar inicialmente lo que diga el Observatorio y lo que diga la codificación.

Lógicamente, para esta última etapa de la codificación cuento de forma muy especial con el Colegio de Notarios, tanto en el Observatorio como en la Comisión de codificación, porque notarios y registradores, una vez puesta en marcha la norma, nos pueden ayudar también a hacer una radiografía concreta de cómo está funcionando. Y legislar no es sólo poner una norma en el tráfico jurídico y dejarla allí, sino que implica ver, controlar y preguntarse constantemente cuál es el talante de la gente; si hace la vida más fácil o más difícil.

P: Lo que sí se ha puesto de manifiesto es su intención de modificar el Libro III del Código Civil catalán para facilitar el funcionamiento de las fundaciones. ¿Con qué objetivo? ¿Cuáles serán los aspectos básicos por rectificar?

R: En el tema de fundaciones hemos visto realmente que la aplicación que se está haciendo en este momento, producto de la regulación de 2008 y de una modificación que se hizo también el mismo año en la Ley de Medidas, está provocando un descenso en el número de inscripciones de fundaciones, por contraste con otros protectorados o zonas del Estado, incluso el propio Estado, donde tienen unas normas de constitución más flexibles. Por eso tal vez sería bueno replantearse un poco esta normativa actual.

P: ¿Cómo valora el Observatorio de Derecho Privado, que es el órgano encargado de preparar los textos de Derecho Civil que luego el Gobierno presenta al Parlament? ¿Lo mantendrá igual o piensa introducir alguna reforma?

R: Querría darle al Observatorio una tarea más de foro de conocimiento, de debate y de divulgación de las normas que se están redactando, al lado de una posición que es la que debe trabajar. Me gustaría potenciar esta vinculación del Observatorio con la sociedad civil y con los operadores jurídicos, integrando a todas aquellas personas que intervienen en la aplicación del Derecho, *ex post*, una vez ha sido promulgado.

P: ¿Incluye entre sus objetivos recuperar competencias en el marco del Estatuto? En este sentido, ¿cree que deben recuperarse competencias del Consejo de Justicia de Cataluña? ¿De la Generalitat? ¿En qué ámbitos?

R: Desde mi punto de vista sí que es prioritario intentar desplegar el Estatuto y recuperar cuanto se pueda. Ayer (por el 24 de febrero) mantuve una reunión con el Ministro de Justicia hablando de cómo articular la posibilidad de volver a la idea de los Consejos de Justicia. En este sentido, la

sentencia del Tribunal Constitucional dijo que el Estatuto no era el lugar para regular esto, pero sí que aceptaba la idea del Consejo de Justicia. Estuvimos hablando de una norma que permita una modificación de la Ley orgánica —que es lo que dijo el Tribunal Constitucional— para recuperar la posibilidad de tener un órgano desconcentrado del Consejo. Además, no es únicamente Cataluña la interesada en esto; Andalucía, Extremadura —que acaba de aprobar esta reforma—, Valencia o Baleares también van en esta línea. O sea que Cataluña no va sola, como he dicho otras veces, en este viaje. El Estado es perfectamente de que debe ponerse manos a la obra. De hecho, ya lo hizo la pasada legislatura, cuando presentó la Ley de Juzgados de proximidad y Consejos de Justicia, lo que ocurre es que no llegó a tramitarse, caducó en la anterior legislatura. O sea, que son conscientes de que el tema debe recuperarse.

Hace falta una armonización general de todos los libros del Código Civil catalán

En materia de notarías y registros, efectivamente, la sentencia limita, y debemos tener en cuenta también el artículo 149 de la Constitución, pero sí que hay buena voluntad en la Dirección General de Registros y del Notariado, y también del Director General de Derecho y Entidades Jurídicas —que ya ha ido a Madrid a hablar con la Dirección General— para coordinar las actuaciones y para tenernos en cuenta en temas que nos interesan especialmente. Hay buena voluntad de colaborar y de trabajar conjuntamente en este tema.

P: Por lo que respecta a la función notarial, ¿cómo valora las competencias y atribuciones actuales del notariado? ¿Cree que debe potenciarse más algún aspecto de la profesión de cara al futuro?

R: La función notarial, desde mi punto de vista, es muy importante de cara a dar seguridad al sistema. Realmente no hay color entre la articulación de un contrato privado y la articulación de un contrato con escritura pública, esto es básico. Este sistema debe protegerse y potenciarse. Además, también debemos tener en cuenta



que el notario realiza una tarea muy importante de naturaleza preventiva, de asesoramiento, da mucha confianza. En los países mediterráneos es muy habitual esta figura del notario como persona de confianza del otorgante, es decir, del particular, igual que en la zona de Valencia, de Cataluña... donde el ciudadano muchas veces va casi más al notario que al abogado para preguntarle sus cosas, para interesarse por sus temas personales, para saber cómo puede influir eso que le dice su hijo o hija, para conocer sus derechos. Creo que es muy importante conservar esto.

La Justicia necesita cada vez más una desjudicialización

Por otro lado, querría comentar que formé parte del tribunal en el año 2000, cuando las oposiciones de notario fueron en Barcelona, y la verdad es que fue una experiencia fantástica. Una de las cosas que deben hacerse es potenciar las vocaciones. Trabé mucha amistad con notarios y registradores, es un mundo apasionante. El notariado es un mundo que me resulta muy próximo, siempre he estado rodeada de mucha gente de este mundo, y es un cuerpo que respeto muchísimo y que me gustaría que fuera potenciado. Pero no cabe duda de que en los tiempos que vivimos —y lo digo también por lo que pasa con los Abogados del Estado— hay muy pocas vocaciones. Ahora estamos viviendo un momento crítico, que todo el mundo está sufriendo, y esta cuestión debe ser tratada con mucho mimo y cuidado.

P: El notariado ha vivido continuas rebajas en los aranceles en los últimos dos años: ¿Cree que esta es la solución? ¿Puede deteriorar el servicio público notarial?

R: Conozco el esfuerzo que está haciendo el notariado, y esta es su contribución en estos momentos críticos. Supongo que el notario no puede más que valorarlo negativamente, es lógico, pero pienso que no debe verse como una pérdida de valores de la función notarial, sino como el esfuerzo contributivo que en estos momentos todos debemos hacer. Ya sé que es duro porque, además, el notario no es un funcionario con todos sus gastos

pagados, sino que es un empresario. Pero es una contribución que debe entenderse desde un punto de vista estrictamente de colaboración, no de pérdida de valores de la función notarial. Todos queremos que no afecte a la función notarial. Además, en estos momentos la gente debe valorar más y en mayor medida la función del notario, por el buen asesoramiento que da para no realizar actuaciones u operaciones sin control o sin un filtro preventivo que ofrezca la seguridad de que estás invirtiendo o haciendo con tu patrimonio lo mejor para ti.

P: ¿Cómo valora el documento de desjudicialización, redactado con el consenso de todos los operadores jurídicos? ¿Cuál cree que debe ser la contribución del notariado en este ámbito?

R: Tengo conocimiento del documento, aunque no del tema a fondo. Me parece un gran trabajo porque, además, la Justicia necesita cada vez más una desjudicialización de los temas que realmente no deben llegar a un Tribunal, que no hace falta que lo hagan. Pretendemos también trabajar en este tema, en especial potenciando mucho la mediación, y realmente valoro mucho este documento porque creo que es trabajar en la misma línea en que también nosotros queremos ir.

P: En cuanto a la relación entre notarios y registradores, ¿cree que ejercen funciones complementarias? ¿Hay acciones previstas en este sentido? ¿Conoce el llamado Documento de Bases firmado en 2008 por los Decanos de los Colegios de Notarios y Registradores de Cataluña? ¿Cómo valora el actual sistema de seguridad jurídica preventiva?

R: Yo tengo muchos amigos notarios y muchos amigos registradores, y siempre les digo que deben entenderse, que la tarea de unos y otros es importante. Desde mi punto de vista, la función del registrador es muy básica para que el sistema tenga este plus, aún mayor, de seguridad jurídica que le da la publicidad del registro. Por tanto, pienso que las dos tareas bien combinadas convierten el sistema en excelente. Las dos funciones son, pues, muy importantes, y también lo es el nivel de entendimiento que existe en Cataluña entre

notarios y registradores, que debe valorarse muy especialmente porque soy consciente de las dificultades. Para un notario, que un registrador le diga que tal cosa no la ha hecho bien o que no se ajusta puede ser difícil de asumir, como lo es para un juez y un abogado cuando éste plantea una demanda y realiza unas consideraciones jurídicas y el juez dice “Mire, no, por aquí, no”. No pasa nada, son herramientas al servicio de los ciudadanos, y desde este punto de vista debe entenderse. Son funciones siempre al servicio del ciudadano, y por esto debe trabajarse conjuntamente. De manera que queda implícito que mi valoración de la seguridad jurídica preventiva pasa por estas dos funciones. Que exista una buena relación entre notarios y registradores potencia ambas profesiones, y que no haya buena relación no nos conviene. La línea marcada en el Documento de Bases de Barcelona creo que es la línea a seguir.

P: ¿Qué podrá hacer desde su Consejería para mejorar la imagen de la Justicia? ¿Cuáles serán los ejes de su gestión en este ámbito?

R: Lo que debemos hacer es actuar. No es sólo una cuestión de imagen, sino de dar realmente una vuelta importante a la Justicia. Ahora, con la implantación de la Oficina Judicial, creo que se puede hacer mucho trabajo. Sería dar una transversalidad a los servicios de soporte de la Justicia, que son los servicios de auxilio, tramitación y gestión. Y esto ya está regulado y ya se puede poner en marcha. En Cataluña hay algunos juzgados piloto que están trabajando de este modo, pero ahora ya toca hacer la implantación definitiva y el Ministro de Justicia tiene la voluntad de aprobar antes del verano una norma jurídica que implica también modificación de la ley orgánica del poder judicial, que sería la de los tribunales de instancia, y que también supondría transversalizar los juzgados unipersonales, acabando con esos “reinos de taifa” o corrillos que tiene la Justicia. También favorecerá mucho el repartimiento de la carga de trabajo y la celeridad que el ciudadano quiere cuando pone una demanda. No puede ser que una demanda esté tal vez tres o cuatro años en un Juzgado porque no existen los medios de soporte necesarios para dictar sentencia en un tiempo prudencial y razonable.



Entrevista



P: Como comentaba al comienzo de la entrevista, Cataluña tiene la competencia en prisiones. ¿Cuáles serán sus objetivos en este ámbito?

R: En prisiones el objetivo es continuar con la tarea de la rehabilita-

ción. Somos la única Comunidad Autónoma que tiene las competencias en esta materia, ya que en el resto del Estado esta competencia aún pertenece a la Administración estatal y las demás Administraciones autonómicas no tienen el talante ni la intención de tenerlas. Las competencias en materia penitenciarias son poco agradecidas, pero creo que desde nuestro

punto de vista es todo lo contrario, porque nos permite realizar una política penitenciaria y de medidas alternativas más próxima a las necesidades de la sociedad en la que estamos inmersos y en la que vivimos. Hay que potenciar las medidas alternativas, siempre. En este sentido, la política penitenciaria de la Generalitat siempre ha sido muy lineal y creo que la tarea es continuar con esta actividad, con esta voluntad y, además, dando la seguridad a la sociedad de que la competencia se ejerce de una manera correcta, sin problemas tanto dentro como fuera de las prisiones. La pena de privación de libertad es una realidad inevitable y es una base del funcionamiento de nuestro sistema, y es preciso ejercerla del mejor modo posible para todos.

P: En cuanto a la abogacía, en estos momentos el turno de oficio es una cuestión muy sensible, ¿qué línea va a seguir en este ámbito?

R: El turno de oficio es una realidad legal social que la Administración debe mantener y creo que es muy correcta su existencia. Lo que debe revisarse es qué calidad damos a los ciudadanos, potenciar esta calidad. Yo lo que pedía estos días es que hiciéramos un esfuerzo en este momento tan crítico económicamente. Los funcionarios han hecho su esfuerzo, el sector privado ha hecho su esfuerzo, y los notarios y los registradores hacen su esfuerzo en unos momentos en que, como empresarios, tienen problemas para mantener sus notarías y sus registros con todo el personal de soporte. Pues creo que los abogados también han de echar una mano a la Administración y al sistema. Conscientemente todos debemos seguir potenciando el turno de oficio, evidentemente, pero en este momento yo pedía un poco de implicación y concienciación, solo eso.

P: Por lo que comenta y los mensajes lanzados hasta el momento se desprende que entre sus objetivos figura hacer compatible la garantía de los servicios de justicia con la austeridad necesaria en estos tiempos. ¿Cómo lo hará?

R: En el ámbito de Justicia, tan complicado, ahora es el momento de



hacer determinadas cosas, porque no tenemos alternativa. Como no tenemos aún las competencias en materia de personal, que esperamos que lleguen este año, tenemos muchos problemas para conseguir la cobertura de los puestos de trabajo vacíos. No podemos contratar a todos los interinos que querríamos, por eso es el momento de usar las herramientas legales que tenemos a nuestra disposición, y esto es la Oficina Judicial. Eso es lo que haremos ya, por absoluta necesidad: utilizar la norma que nos permite reorganizar los efectivos que tenemos de una manera más racional, creando los servicios comunes.

Con la implantación de la Oficina Judicial se puede hacer mucho trabajo

P: ¿Qué acciones prevé en el ámbito de la relación con la Administración central?

R: Creo que la relación será buena, fluida, y así debe ser, porque si no tenemos una buena relación no podemos hablar de los temas que nos preocupan. Ayer (*sic*) tuvimos una conversación muy interesante con el Ministro, incluso técnica en ciertos momentos, y positiva desde el punto de vista de hablar no sólo de cómo debe ser la

calidad de los documentos sino también de las políticas de cada cual. Yo por mi parte pondré todo lo que haga falta para que esta relación sea buena, evidentemente. Es una de mis obligaciones en este cargo.

P: Por lo que respecta al encaje con las políticas europeas, ¿qué medidas emprenderá en este sentido?

R: Hoy en día los efectos de los documentos y de las actuaciones son más amplios, y debe trabajarse en este sentido, debe trabajarse en coordinación con Europa. Creo que es importante apoyar a nuestros cuerpos y, en este caso concreto, a los notarios, porque desde el punto de vista de Europa todo encaje bien y los documentos puedan tener efectos allí donde deban tenerlos. Es una actuación que debe realizarse siempre. Los sistemas no son iguales, a veces son incluso muy diferentes, pero debe trabajarse para coordinar las actuaciones. Creo que el notariado siempre ha trabajado en este sentido, y sus trabajos y jornadas siempre se han organizado conjuntamente con otros países, tanto países con filosofías diversas como otros con filosofías más parecidas a la nuestra. Creo que nunca se ha trabajado aisladamente desde el notariado y la tarea debe seguir realizándose en este sentido.

P: El hecho de ser independiente (no militante de CiU) y de no tener precedentes en el ámbito político, ¿de qué manera cree que afectará a su gestión? ¿Piensa que su condición de Abogada del Estado le será útil?

R: Creo que más que el hecho de pertenecer o no a un partido, lo que me puede ayudar más es, en primer lugar, el apoyo de mi Gobierno y de mi Presidente, que es básico. Yo le valoro muchísimo porque me considera experta en este mundo y me ha dado toda su confianza. En segundo lugar, creo que lo que más me puede ayudar en este momento concreto es el conocimiento del mundo en el que debo actuar. No tanto como abogada del Estado —aunque es evidente que la preparación técnica siempre es un plus— sino por el hecho de haber trabajado como abogada, por mi cercanía al mundo de la Justicia, durante tanto y tanto tiempo, en Cataluña, en Barcelona, y en muchas poblaciones pequeñas de la provincia de Barcelona. Esto me da una radiografía muy concreta de lo que tenemos y de lo que debe hacerse. Siempre, evidentemente, contando con el apoyo de todos: los jueces, los secretarios, el personal de soporte... No olvidemos a este personal que para nosotros es básico, sin ellos no haremos nada. Y eso creo que es lo que más recursos puede darme para tomar decisiones, tal vez complejas, en un momento determinado.

Significado e importancia de la Compilación^(*)

La Compilación de Derecho Civil de Cataluña es uno de los textos fundamentales de la historia jurídica catalana: formalmente es un texto de extensión moderada, muy equilibrado de contenido y bien redactado, que salvó en el momento de su redacción lo más fundamental de nuestro Derecho y permitió su renacimiento, en cierto modo, al conseguir que con la llegada de la autonomía legislativa hubiera unas bases sólidas de las que partir.

ROBERT FOLLIA I CAMPS

Notario honorario

Ex Decano del Colegio Notarial de Cataluña

1. INTRODUCCIÓN

El significado y la importancia de la Compilación residen, en mi opinión, en el hecho de que por la época en que se promulgó fue un texto fundamental y decisivo para la conservación del Derecho catalán y su desarrollo posterior.

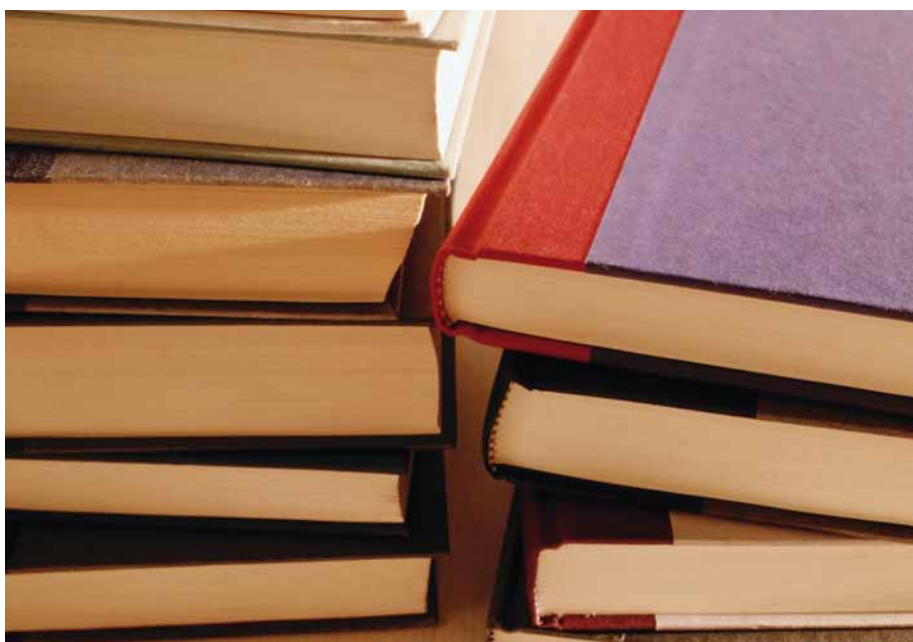
Honorable Sra. Consejera de Justicia, Ilustrísimo Sr. Decano del Colegio de Notarios de Cataluña, Excelentísima Sra. Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Dignísimas autoridades, compañeras y compañeros, señoras y señores.

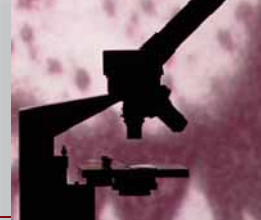
Mis primeras palabras han de ser de agradecimiento por el honor que supone para mí que se me haya encargado esta conferencia, con la que se cierra la celebración en este Colegio del cincuentenario de la aprobación de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, hace hoy exactamen-

te cincuenta años. Este encargo solo puede deberse a una muestra de afecto especial por parte de la Junta Directiva y de la Comisión que ha preparado los actos. Y también, tal vez, porque a mi edad debo ser uno de los pocos notarios que aplicaron la Compilación en sus inicios. Y un agradecimiento también para el Sr. Josep Cuní, periodista, por sus amables palabras de presentación.

Por otro lado, me llena de satisfacción hablar de este tema, porque a mi entender, y con esto repito lo que he dicho al princi-

^(*) Conferencia pronunciada ante el Colegio de Notarios de Cataluña el 21 de julio de 2010, con las anotaciones pertinentes para su publicación.





pio y adelanto lo que será la conclusión final, la Compilación de Derecho Civil de Cataluña es uno de los textos fundamentales de la historia jurídica catalana: formalmente es un texto de extensión moderada, muy equilibrado de contenido y bien redactado, que salvó en el momento de su redacción lo más fundamental de nuestro Derecho y permitió su renacimiento, en cierto modo, al conseguir que con la llegada de la autonomía legislativa hubiera unas bases sólidas de las que partir.

El hecho de que sea la última conferencia de las cinco que ha organizado el Colegio, que el pasado día 15 de junio el Colegio de Abogados y la Academia de Jurisprudencia y Legislación celebraran un solemne acto sobre el mismo tema, con intervenciones brillantes de grandes juristas, y que también la Generalitat en su web haya publicado intervenciones de diversos profesionales del Derecho, aparte del acto solemne del día 6 de este mismo mes en el Palacio de la Generalitat, con la intervención de la Dra. Encarna Roca y la presentación del libro del Dr. Puig Ferriol⁽¹⁾, hace algo difícil decir nada nuevo o simplemente interesante. Con todo, intentaré cumplir con el encargo y dar una panorámica global de lo que es y lo que significó la promulgación de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

Empezaré por la época inmediatamente posterior al final de la guerra civil, ya que fue el período más difícil para el Derecho catalán y solo así se entiende lo que significó la Compilación en aquellos momentos. Antes, a pesar de las limitaciones del Decreto de Nueva Planta y las derivadas del artículo 12 del CC, el Derecho catalán había hecho algo más que ir subsistiendo. De aquella época tenemos obras muy importantes del Derecho civil catalán, como los *Usatges de Vives i Cebrià*, el *Manual de Elías y Ferrater*, el *Manual de Gibert* o las *Conferències de Falguera*, entre otras; y ya en tiempos más recientes, el magnífico Borrell, el no menos importante Brocà, aunque inacabado, o el práctico Pella i Forgas. Aparte de los diversos proyectos de apéndices⁽²⁾. Todas estas herramientas ayudaron al desarrollo legislativo de la Generalitat en la época de la República, con sus leyes especiales, la creación del Tribunal de Casación de Cataluña y la convocatoria del Primer Congreso de Derecho Civil Catalán en 1936, que por desgracia no se pudo ni siquiera inaugurar.

Partiré pues de la posguerra y de sus devastadores efectos para el Derecho catalán, con las escasas excepciones o rebrotes que en algún momento se produjeron, y haré un repaso del importante Congreso de Zaragoza. A continuación trataré de echar una ojeada a la elaboración de la Compilación, seguiré con su promulgación y lo que ésta supuso, estudiaré su contenido y por qué produjo tantos efectos, para acabar haciendo una referencia a la significativa intervención notarial en todo el proceso de redacción. Todo esto en los 45 minutos que me han asignado y que prometo no superar.

2. LA SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN DESPUÉS DE LA GUERRA. EL YERMO JURÍDICO CATALÁN

Primero fue la Ley de 5 de abril de 1938, que dejó sin efecto el Estatuto y el Tribunal de Casación, entre otros. Y después, la ley de 8 de septiembre de 1939⁽³⁾ que, recordando la del 38, disponía que “Quedan sin efecto y, por tanto, dejarán de aplicarse desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el derecho existente al promulgarse el Estatuto”.

Antes de estudiar qué significa este retorno o restablecimiento en su integridad del Derecho que se aplicaba antes de promulgarse el Estatuto, es preciso subrayar que extraña en cierto modo que el legislador no fuera más lejos y declarase, pura y simplemente, que se aplicaría directamente el Código Civil, que era, y es aún, el sueño de muchos juristas. Sin embargo, pienso que el legislador quiso ser prudente, no excederse, ya que a fin de cuentas nada había pasado la época previa bajo la vigencia del artículo 12: “lo conservarán en su integridad”, y el advenimiento del Código Civil sólo se aplicaría como supletorio en defecto del Derecho supletorio propio. Lluís Jou⁽⁴⁾ va más lejos y dice que en realidad no podía suprimir sin más todo el Derecho Civil catalán, pues “aquella parte de la sociedad catalana que le había dado un cierto apoyo habría salido claramente perjudicada (ya que el Derecho catalán le gustaba). Así, la clase social que se vio comprometida en los primeros tiempos del franquismo, que no tuvo inconveniente en abandonar

la lengua catalana, en destruir novelas o libros de poesía escritos en esta lengua y en adoptar el castellano como lengua de relación pública y familiar, se convirtió en garantía de la conservación de unas instituciones de Derecho privado que el catalanismo había luchado por conservar y renovar”.

Con la Ley del 38 nos encontramos, pues, en una situación parecida a la de 1716, pero la realidad era distinta y mucho mayor el infortunio, ya que después de la guerra las depuraciones, el miedo, la llegada de funcionarios venidos de fuera y con una mentalidad de fuera, la parálisis de la Universidad, el hecho de que después de la guerra no se estudiara en ella ni remotamente el Derecho catalán, la muerte de mucha gente joven que se había formado en este Derecho, todo este conjunto de circunstancias volvía muy difícil su aplicación. Mayormente cuando faltaba un texto legal, ya que el Borrell (afortunadamente traducido al castellano por su hijo), aun explicando el Derecho catalán, no era citable como fuente. Las fuentes eran diversas y eruditas, el Derecho Canónico, los textos del Derecho Romano, las Constituciones de Cataluña, etc., las cuales habían de citarse directamente. En cambio, el Código Civil era completo y moderno, de fácil acceso y estudio, lo tenían a mano y además era conocido por los jueces y demás funcionarios⁽⁵⁾.

Extraña en cierto modo que el legislador no fuera más lejos y declarase, pura y simplemente, que se aplicaría directamente el Código Civil, que era, y es aún, el sueño de muchos juristas

Cataluña, jurídicamente hablando, era pues como un desierto jurídico. Mejor dicho, era un yermo jurídico, porque un desierto es siempre un desierto, un lugar donde nada crece. En cambio un yermo es un terreno abandonado, donde se puede volver a plantar y convertirlo de nuevo en tierra de cultivo. Además, siempre nacen en él algunas plantas de manera espontánea. Y así sucedió. En este yermo brotaron pronto matorrales importantes de Derecho catalán. Así, en 1945 vuelve a publicarse la *Revista Jurídica de Catalunya*, y solo en el



primer número encontramos en ella dos artículos con referencias al Congreso de Zaragoza, el manifiesto de los 75 abogados, que más adelante citaremos, y aún otro artículo específicamente de Derecho catalán titulado “Hacia la definitiva redimibilidad de la enfiteusis en Cataluña”. Y se siguieron publicando artículos referentes a nuestro Derecho, a razón de dos o tres por año. Incluso hubo algún aventurado que publicó algún libro. Así, Pons i Guri firma *Textos de Derecho civil vigente en Cataluña*; J. M. Pascual i Serres, *Una interpretación del Derecho civil de Cataluña*, y Camps y Arboix publica dos trabajos: *Bibliografía del derecho catalán moderno* y *Modernitat del Dret català*. Casals Coldecarrera hizo su tesis doctoral sobre *El derecho real de servidumbre según los principios del derecho foral de Cataluña*, además de su *Doctrina foral del Tribunal Supremo*. Pero como dice Puig Ferriol, buena parte de estas obras tenían como finalidad primordial, no el trato doctrinal de ciertas instituciones de nuestro Derecho, sino aportar argumentos a favor de su vigencia y subsistencia.

El mismo 1945 se publica una ley específicamente catalana, la Ley de redención de censos, de 31 de diciembre de 1945, debida a Josep M. de Porcioles y a la inspiración del notario Raimon Noguera. Más adelante, en 1947, Noguera pronunció en la Academia Matritense del Notariado de Madrid una conferencia titulada “De la enfiteusis a la enfiteusis”, donde tras estudiar esta institución, su importancia y las ventajas que había tenido en Cataluña, acababa diciendo que las nuevas leyes de arrendamientos urbanos, con sus prórrogas, convertían el arrendamiento, de hecho, en una especie de enfiteusis. Y acababa su intervención, con la ironía que le caracterizaba, apuntando que tal vez ocurría como le había ocurrido al burgués de Moliere, que escribía en prosa sin saberlo⁽⁶⁾.

En 1954 se restablece la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, que había sido disuelta de hecho, ya que directamente no hubo ninguna disposición explícita que lo ordenara. La Academia siempre había tenido entre sus finalidades la defensa del Derecho catalán, aunque en los nuevos Estatutos aprobados el artículo 3 decía: “los fines de la Academia de Legislación y Jurisprudencia son la investigación y estudio del Derecho y de sus ciencias auxiliares, prestando su colaboración a la obra legislativa del Estado”.

Como se ve, a pesar de la adversidad de las circunstancias, el Derecho catalán (aparte de su permanencia en los despachos notariales) seguía subsistiendo y le iban apareciendo ciertas muestras de reavivamiento, pero la comunidad jurídica catalana seguía pensando en el Derecho del Código Civil. Ahora bien, lo que marcó un cambio de tendencia, aunque su finalidad no era exactamente la que tuvo en Cataluña sino otra muy distinta, fue el Congreso de Zaragoza.

La conclusión fundamental del Congreso Jurídico de Zaragoza de 1946, en lo relativo al tema que nos ocupa, fue la sugerencia de ir hacia un Código general de Derecho civil que recogiese las instituciones de Derecho común

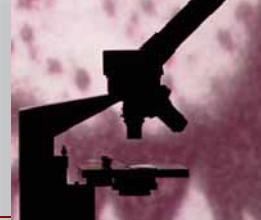
El Congreso Jurídico de Zaragoza fue organizado por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, autorizado por la Orden de 3 de agosto de 1944 y celebrado entre los días 3 y 9 de octubre de 1946. Por un lado, pretendía robustecer el Derecho aragonés, y por otro preparar un Código Civil general. Pero antes, mientras se preparaba, en junio de 1945, un grupo de 75 abogados dirigieron un escrito al Decano del Colegio de Abogados de Barcelona para que, de alguna manera, hiciera llegar al Congreso entonces en preparación cuál era su posición ante el proyecto de un código único que temían demasiado uniformizador, dejando claro, entre otros puntos, que por su naturaleza el Derecho civil catalán debía ser respetado en toda su integridad, afirmando que no estaba constituido únicamente por el sistema de preceptos o normas materiales procedentes de su antiguo Derecho y de los Derechos Canónico y Romano. Sino que estaba informado esencialmente por un espíritu expresivo de un equilibrio entre los principios fundamentales de libertad y equidad, y renovado constantemente por la costumbre y la libertad de pacto. Este manifiesto fue publicado como anexo a un artículo publicado en la *Revista Jurídica de Catalunya* que trataba acerca del inminente Congreso⁽⁷⁾.

La conclusión fundamental aprobada, en lo relativo al tema que nos ocupa, fue la sugerencia de ir hacia un Código general

de Derecho civil que recogiese las instituciones de Derecho común, de los Derechos territoriales o forales y las peculiaridades de algunas regiones, que comenzaría por la compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta no sólo su vigencia, sino el restablecimiento de aquellas que hubieran caído en desuso y permitieran cubrir las necesidades del momento. Y que tras un período suficiente de estudio y vigencia se determinaría la forma material en que iban a quedar recogidas en el futuro Código general de Derecho civil⁽⁸⁾. Ello motivó el célebre comentario de Maurici Serrahima: “solo admitiremos la unidad de encuadernación”.

Todo esto no era gran cosa, pero aún fue más restrictivo el Decreto de 23 de mayo de 1947⁽⁹⁾, el cual, recogiendo lo esencial de las conclusiones del Congreso, dictaba normas concretas y acentuaba más aún la finalidad de llegar a un Código Civil general. Indicaba que las Comisiones que debían preparar los anteproyectos de Compilaciones serían presididas por el Presidente de la Audiencia Territorial y sugería que se podían confeccionar tomando como base los apéndices existentes, e indicaba también que se adaptaran a la sistematización del Código Civil para evitar coincidencias y repeticiones. Seguidamente, la Orden de 24 de junio⁽¹⁰⁾ del mismo año dictaba las normas para constituir las comisiones de juristas que debían redactar los anteproyectos de la Compilación, y fue la Orden de 10 de febrero de 1948 la que nombró concretamente a los miembros de las Comisiones, dando un plazo de seis meses para su redacción. En la misma Orden se disponía que estarían en vigor en el plazo que se estableciese (cuando la conclusiones del Congreso hablaban de un plazo suficiente), finalizado el cual las Compilaciones podían ser incorporadas al Código Civil general. Este plazo, aun después de ser prorrogado dos veces, fue ampliamente superado⁽¹¹⁾.

Pero a pesar de estas limitaciones, que no auguraban demasiada proyección para el Derecho civil catalán, nuestro sentido común, el “*nostre Seny i Saber*” de los *Usatges* que figura hoy en la medalla de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora, se consiguió un buen texto, a mi entender prácticamente modélico, y a continuación entraremos en el estudio de su elaboración.



3. ESTUDIO DE LA ELABORACIÓN DE LA COMPILACIÓN

En primer lugar, debemos decir que falta una auténtica historia de la Compilación. Josep Pla⁽¹²⁾ recuerda que en principio debía hacerla Roca Sastre, pero que quedó tan agotado por el esfuerzo que supuso su redacción (dice que incluso se puso enfermo), que no se atrevió a hacerla. También dice que estaba prevista la publicación de las conferencias del Colegio de Abogados con un prólogo o presentación de Roca Sastre que contuviera un resumen de esta historia, pero finalmente no se llevó a término. El mismo Roca Sastre se refería en sus Estudios de Derecho Catalán a la necesidad de una historia de la Compilación, pero también encontraba que tal vez era demasiado pronto para hacerla⁽¹³⁾.

Hoy en día ya es muy difícil elaborar esta historia con el testimonio directo de sus redactores, ya que prácticamente todos los miembros de la Comisión han fenecido, y por otro lado quedan muy pocas actas de las sesiones, a pesar de que, según Camps i Arboix⁽¹⁴⁾, tal como diremos más adelante, sólo las subcomisiones fueron 150.

Los miembros de la Comisión fueron designados, como hemos dicho, por Orden del 10 de febrero de 1948, todos ellos reputados juristas. Como dice Pla⁽¹⁵⁾, debe reconocerse que fueron nombrados “con objetividad”. Con todo, Roca Sastre no figuraba en ella (su pasado en el Tribunal de Casación lo impedía), pero entró más tarde en una de las diversas sustituciones que hubo por defunción de algunos de los miembros designados.

En un principio se formó una subcomisión presidida por Duran i Ventosa, con Pou d'Avilés de secretario, y en la que intervino directamente Mans Puigarnau. Esta subcomisión, junto con la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados (o tal vez, mejor dicho, la Comisión de Cultura, juntamente con la subcomisión), redactó un proyecto que era una revisión del proyecto de apéndice de 1930, inspirado a la vez en el de Duran i Bas. Este texto se publicó en 1952⁽¹⁶⁾.

Este proyecto no gustaba a gran parte de los otros miembros, y en sesión plenaria de 14 de septiembre de 1953 fue rechazado, al tiempo que se nombraba una Comisión para que redactara un anteproyecto enteramente nuevo, sin referencias a proyectos de apéndices anteriores. Esta Comisión,

que inició su actividad el 12 de noviembre (fecha de Camps i Arboix, Puig Ferriol cita el 12 de marzo de 1954), se repartió el trabajo y estaba compuesta por Condomines i Valls, que se encargó de obligaciones y contratos; Maluquer y Mans, que se encargaron de derechos reales; Porcioles, que se encargó de heredamientos y prescripción; Faus, de Derecho de familia, i Roca Sastre, que ya había entrado en la Comisión, se encargó de sucesiones⁽¹⁷⁾ (así lo explica Camps i Arboix, i en este caso sí que coincide con Puig Ferriol). Pla no dice exactamente lo mismo, aunque respecto a Roca Sastre sí coinciden. Más tarde se incorporaron Obiols Taberner y Figa Faura. Esta subcomisión celebró 150 sesiones y terminó su trabajo en agosto de 1955. Es decir, terminaron el trabajo en menos de dos años (exactamente 21 meses), lo que demuestra el intenso trabajo que realizaron, comparado sobre todo con la primera etapa, en la que estuvieron desde 1947 hasta 1952 para elaborar un texto basado en un texto anterior, que sería finalmente rechazado por la propia Comisión.

Dentro de esta Comisión hay que destacar el trabajo de Roca Sastre, ya que las sucesiones constituyen más de la mitad de la Compilación (exactamente 308 artículos de un total de 554) y la parte más farragosa. Además, parece (o así lo afirma por lo menos Pla) que hizo un repaso de todo el texto para que resultase una redacción unitaria y ordenada. Creemos que fue también muy importante la aportación de Faus, y no sólo en la parte de Derecho de familia, sino en el conjunto, como se deduce por la manera en que habla en la conferencia que dio en el Colegio de Abogados al presentarse el texto a las Cortes⁽¹⁸⁾. Su intervención aportó a la redacción definitiva no sólo sabiduría y ciencia, sino también su experiencia, buen talante y sentido práctico.

El texto del anteproyecto fue aprobado por el Pleno de la Comisión en octubre del mismo año 1955 y entregado al Jefe de Estado en el Palacio de Pedralbes el 14 de octubre, un día después de su aprobación. Antes de estudiar la trayectoria que siguió, hay que señalar que aun siendo tan solo un anteproyecto, que después fue ampliamente retocado, el TS lo aplicó en la conocida Sentencia del 23 de noviembre de 1955 (después repetida en otras) afirmando que “en aquel criterio se inspira el artículo 529, *in fine*, y *a contrario sensu* del reciente Proyecto de Compilación del Dere-

cho Civil Catalán, que aunque de momento no tenga el rango de norma legal, marca una orientación legislativa autorizada y merecedora de ser tomada en consideración al aplicar reglas de Derecho en materia foral catalana”. Como se ha dicho, es la primera ley que antes de ser aprobada ya fue aplicada por los Tribunales. Si me permiten la *boutade*, diré que así como El Cid ganaba batallas después de muerto, la Compilación las ganó antes de nacer.

Así como el Cid ganaba batallas después de muerto, la Compilación las ganó antes de nacer

Entregado el texto, pasó a la Comisión General de Codificación, la cual, después de tres revisiones y de presentar algunas enmiendas, introdujo un importante recorte en el mismo, principalmente en el tema de las fuentes del Derecho, que en realidad suprimía todo el sistema de fuentes propio, y en el número de artículos, que pasó de 554 a 373. Este proyecto mutilado pasó a la cortes y se abrió un nuevo periodo de enmiendas, que fueron muchas. Pero entonces ocurrió algo que no se esperaba. Se reunió un pequeño número de juristas, sin formar comisión oficial, aunque según Pla su inspirador fue el Ministro Iturmendi. Esta Comisión no oficial se reunió durante una semana en Andorra y realizó un trabajo de síntesis y adaptación del texto presentado, el texto revisado por la Comisión de Codificación y las enmiendas presentadas.

Esta Comisión, que después ha sido conocida como las Cortes de Andorra, estaba formada por Josep M. De Porcioles, como Presidente; Roca Sastre, Raimon Noguera, Lluís Figa (que al parecer actuaba como secretario), Casals Colldecarrera, Faus Esteve, Maluquer i Rodés, Puig Brutau, Pascual Serres i Josep M. Pi i Sunyer⁽¹⁹⁾. Como siempre, hay que tener en cuenta el factor humano, y creo conveniente recordar que el suegro de Figa Faura, López Palop, era Presidente de la Sección de Justicia de la comisión de Codificación y que fue invitado a alguna de las reuniones, donde pudo ver el buen trabajo que se estaba realizando, para que así lo transmitiera a la Comisión de las Cortes. Y en este camino de buscar ayudas, también hay que añadir que Porcioles le había dicho en alguna ocasión a Franco que el verdadero Derecho del país era el catalán,



ya que el Código Civil era de influencia francesa. La actuación de Faus, Figa, Porciolet y Roca, en todo caso, fue al parecer decisiva. En el *Noticiero* del 2 de agosto, Pi i Sunyer solo cita como miembros de la comisión de Andorra a los mencionados 4 notarios y a López Palop.

Fuera pues porque el trabajo realizado era bueno, fuera por la manera de presentarlo, o por la causa que fuera, el hecho es que el texto fue aprobado por las Cortes y que el debate final tuvo lugar hace ahora exactamente 50 años, el 21 de julio de 1960, con dos discursos, el del ministro Iturmendi y el de Porciolet, el cual, según Pla, hizo un discurso "enorme, voluminoso, tal vez, por la emoción que contiene el discurso, ligeramente desordenado"⁽²⁰⁾.

Ya tenemos la Compilación aprobada. Ahora hay que ver cuáles fueron sus resultados.

4. LA EFICACIA DE LA COMPILACIÓN

Dejaremos a un lado todo lo que dijo la prensa del momento y que está recogido en el libro que se les entregará a la salida⁽²¹⁾, ya que como siempre son grandes alabanzas y escasos resultados. De entrada hay que decir que muchos juristas catalanes no se alegraron demasiado, ya que les parecía que reducir todo el Derecho catalán a un solo texto le restaba fuerza. Un ejemplo claro es el de Borrell Macià⁽²²⁾, para quien, aunque el texto compilado facilitaría en el futuro la aplicación del Derecho civil catalán, esta ventaja supondría pagar un precio nada desdeñable, que en definitiva se traduciría en el hecho de que ya no formarían parte del Derecho civil catalán el Derecho romano, el Derecho canónico, la equidad, la doctrina de los autores, ni el Derecho local, que no se recogían en el Derecho compilado. De lo que se dijo entonces me quedo con el comentario de Roca Sastre, quien, equilibrado como siempre, le dijo a un periodista: "codifica el Derecho, aclara dudas y facilita el conocimiento. La mayoría de las normas ya existían, aunque no se aplicaban, en muchísimas ocasiones por comodidad o ignorancia"⁽²³⁾. Es más o menos lo mismo que había dicho Camps i Arboix⁽²⁴⁾ ante el primer anteproyecto, cuando se aludía a la necesidad de evitar a los profesionales del Derecho o de la administración de justicia el esfuerzo de la aplicación directa de las fuentes antiguas,

siempre en busca del precepto concreto y de su interpretación. Como se ve, pues, la reacción de los juristas catalanes no fue demasiado entusiasta. Pero por fortuna la realidad superó este pesimismo inicial.

Yo diría, recordando la figura del yermo, que la Compilación supuso el retorno al trabajo del campo, el renacimiento de un campo jurídico abandonado, que había estado yermo pero que ahora regresaba a la vida. Y así, poco a poco, el Derecho catalán dejó de ser una excepción y se fue entendiendo y extendiendo como la fuente principal, como veremos a continuación.

El mismo año 1960, la *Revista Jurídica de Catalunya* dedicó un número exclusivo a la Compilación. En él se publicó el texto de la norma, precedido de los discursos pronunciados en las Cortes el día de su aprobación y de unos interesantes comentarios al texto de la Compilación. Precedía a este número monográfico un pórtico⁽²⁵⁾ que empezaba diciendo que se había producido un acontecimiento histórico en el Derecho catalán porque se había codificado la parte más vital y original del Derecho civil del antiguo Principado de Cataluña.

Entre noviembre y diciembre del mismo año 1960, la Academia de Jurisprudencia y Legislación, con la colaboración del Colegio de Abogados de Barcelona, organizó un ciclo de conferencias magistrales sobre los principales aspectos de la Compilación, las cuales fueron publicadas en 1961 y hoy nuevamente reeditadas⁽²⁶⁾. Posteriormente, el Colegio de Abogados organizó para el periodo 1961-1962 un curso de carácter más didáctico que seguía artículo por artículo el texto de la Compilación.

La Compilación supuso el retorno al trabajo del campo, el renacimiento de un campo jurídico abandonado, que había estado yermo pero que ahora regresaba a la vida

En esta línea de dar a conocer el nuevo texto aprobado, es preciso destacar los comentarios que Condomines y Faus⁽²⁷⁾ publicaron el mismo año 1960, unos comentarios que los propios autores dicen que no tienen ninguna pretensión (en el título los califican de edición anotada) y manifiestan que no pretenden que sean ni un

tratado ni un trabajo de investigación. Se trata de unos comentarios que contienen breves referencias a las fuentes, a las costumbres que se habían convertido en leyes, acompañadas de una mínima pero muy útil cita de la doctrina y la jurisprudencia más próximas. En realidad es un libro aparentemente sencillo, pero muy rico en contenido y, a mi entender, todavía imprescindible para quien quiera empezar a profundizar en nuestro Derecho clásico. Fue reeditado en 2003 por la revista *La Notaria* en edición facsímil, acompañada de una amplia presentación y dos anexos, un ejemplar de la cual les será entregada también a la salida.

En 1961 Figa Faura publicó el *Manual de Derecho Civil Catalán*⁽²⁸⁾, obra con voluntad práctica en la cual, siguiendo el esquema de las principales instituciones del Derecho civil, transcribe en cada apartado los textos vigentes en Catalunya, ya sean de la Compilación, del Código Civil o de la norma que corresponda.

En 1962, Gassiot publicó también unos comentarios⁽²⁹⁾ de gran éxito entre los abogados, de los que se hizo incluso una segunda edición.

Estos tres libros tuvieron una extraordinaria importancia para la difusión y la consiguiente aplicación de la Compilación, por tratarse de unas herramientas que con voluntad práctica facilitaron enormemente el uso del nuevo texto aprobado.

La *Revista Jurídica de Catalunya* siguió publicando cada vez más artículos sobre el Derecho catalán. Los primeros fueron sobre el artículo primero, con intención de ampliar el sentido de la interpretación y acercándose a la integración.

En noviembre de 1963 el Colegio de Abogados publicó ya la edición catalana de la Compilación⁽³⁰⁾. En ella se afirmaba que "este nuestro Derecho Catalán y la lengua en que se manifiesta forman un patrimonio indivisible...".

Se publican también monografías, fundamentalmente patrocinadas por la Catedra Duran i Bas, de las cuales hablaremos más adelante, y que ya no tienen finalidad defensiva sino de estudio y profundización en las instituciones.

La pieza fundamental de estas publicaciones, ya más adelante (1979), la constituyen los magníficos *Fundamentos de*



Derecho Civil Catalán, de Encarna Roca y Puig Ferriol, obra imprescindible, todavía hoy, para quienes quieran estudiar de verdad el Derecho catalán.

También la Academia de Jurisprudencia y Legislación se dedica a estudiar a fondo el texto de la Compilación, a la cual dedica tres cursos. Figura destacada en la Academia fue Faus, quien pronunció el discurso de apertura en 1968 bajo el título *La Compilació als vuit anys vista* [La compilación a ocho años vista]. Además, redactó el informe o memoria que según la disposición adicional se debía presentar cada 10 años. Los dos textos figuran citados, y en parte comentados, en los libros de actas de la Academia.

En la Universidad se comienza tímidamente a estudiar el Derecho catalán, al principio en los cursillos de Doctorado. Pero el cambio más fundamental en este sentido fue la creación de la Cátedra Duran i Bas por Orden del 11 de diciembre de 1962. Del Patronato formaban parte importantes personalidades de Barcelona, mientras que la dirección estaba ocupada por el Profesor Villavicencio, que fue su impulsor, a quien debe recordarse expresamente por la importante tarea que realizó en la difusión del Derecho catalán.

El objetivo de la Cátedra era el estudio, la enseñanza y la investigación del Derecho civil catalán, que se realizará por medio de la organización de cursos ordinarios y monográficos, conferencias especiales, trabajos de seminario, publicaciones o cualquier otra actividad dirigida a difundir el conocimiento de las instituciones jurídicas catalanas⁽³¹⁾.

El proceso de difusión y asimilación de la Compilación culmina con el II Congreso Jurídico Catalán, de 1971

Esta Cátedra cumplió con creces su finalidad. Organizó cursillos de Derecho catalán para Doctorado, concedió ayudas y publicó diversos libros, algunos de gran importancia. Creo conveniente citar en especial la creación de un seminario dirigido por el profesor Villavicencio, al principio dirigido a los estudiantes de último curso, aunque pronto se amplió a toda clase de profesionales. Puig Salellas y yo mismo

éramos asiduos al curso. Su tarea fundamental, por lo menos a partir de 1970, eran los comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el Derecho catalán. Unos comentarios muy extensos y documentados que se publicaron en la *Revista Jurídica de Catalunya* y que posteriormente fueron editados por la editorial Bosch en diversos volúmenes. De los asistentes a este seminario han salido gran parte de los actuales catedráticos de Derecho civil.

Poco a poco se fue extendiendo el estudio del Derecho catalán en la Universidad y en los programas de curso ya se hacía referencia directa al mismo. Es preciso subrayar especialmente el hecho de que en la Universidad Autónoma Puig Ferriol declaró su estudio como materia propiamente dicha y aunque se presentase como asignatura optativa en la práctica resultaba prácticamente obligatoria.

La comunidad jurídica comienza pues a vivir, a respirar, a familiarizarse con el Derecho catalán, aunque eso sí, muy lentamente, pues era preciso cambiar la dinámica entre los profesionales para que fueran aceptando que el Derecho aplicable en Cataluña era el nuestro y no el del Código Civil. A partir de este momento los jóvenes abogados, aunque no hubieran estudiado Derecho catalán, tenían al alcance un texto en el que quedaban recogidas las fuentes y el Derecho aplicables. Si en alguna ocasión surgía la disyuntiva de si había que aplicar el Derecho del Código Civil o el catalán de la Compilación, podían consultar el *Manual de Figa Faura* que lo detallaba claramente. Y si se quería profundizar un poco más, ver de dónde procedían las instituciones y los cambios, estaban los Comentarios de Condomines-Faus y de Gassiot. Ahora ya no había excusa ni impedimento para no aplicar el Derecho catalán. Su aplicación progresiva quedaba reflejada en las sentencias sobre Derecho catalán de la Audiencia Territorial. Por ejemplo, mientras que en 1961 hay sólo 11 y en 1962, cosa normal porque se referían a temas iniciados antes de la Compilación; en 1963 ya encontramos 23 y en 1964, 15; en 1965, 27 y en 1966, 29⁽³²⁾. Querría hacer una referencia a la Sentencia del TS de 28 de junio de 1968, en la que se aplicó por primera vez, en virtud del título preliminar del actual Código, antes incluso de que fuera legalmente establecido, el Derecho catalán como Derecho común y por tanto supletorio del Derecho mercantil, y con él la vigencia de

la *Autentica Si qua mulier*. Fue porque tenía delante un texto legal que recogía dicha institución, seguramente no la habría aplicado si hubiera tenido que recurrir al texto original del Derecho romano.

Todo este proceso de difusión y asimilación culmina con el II Congreso Jurídico Catalán, de 1971⁽³³⁾, fruto directo de la Compilación y de los trabajos que había motivado. El Congreso sirvió para avanzar en este progreso, especialmente en el tema de las fuentes y de su interpretación, admitiendo plenamente la integración de la Compilación por el propio Derecho catalán no compilado, es decir, la tradición, la doctrina de los autores, las sentencias de la vieja Real Audiencia, las costumbres *praeter compilationem*, etc. Gracias al Congreso el Derecho civil catalán alcanzó finalmente un estatus de normalidad y sus conclusiones fueron, además, la base de las reformas legislativas una vez recuperada la autonomía legislativa. En definitiva, un paso adelante hacia la normalización del Derecho catalán.

Pero ¿qué tenía la Compilación que produjo tantos efectos y cuál era su contenido?

5. LA IMPORTANCIA Y EL SIGNIFICADO DE LA COMPILACIÓN. SU CONTENIDO

Citaré a manera de listado el por qué, a mi entender, el texto de la Compilación que hoy recordamos produjo tantos y tan importantes efectos.

1. Es un texto bien hecho, bien ordenado, ni demasiado largo ni demasiado corto y redactado en términos muy inteligibles, con buena técnica jurídica y sin contradicciones
2. Jurídicamente está basado en el Derecho romano, que ya sabemos que ha sido calificado de “la razón escrita”, y esta influencia se da por dos vías. Por un lado, como guía general, que es lo que recoge Faus en su discurso al colegio de Abogados a propósito de la presentación a las Cortes del proyecto⁽³⁴⁾, “tomando no la letra sino el verdadero sentido espiritual... su tacto jurídico y su arte sorprendente en la aplicación del Derecho... Hemos usado el Derecho romano y su ciencia jurídica —decía—, sin dejarnos dominar por ella, utilizándola para la comprensión profun-



da y la libre progresión del Derecho actual...". Y por otro lado el Derecho romano aparece en muchos puntos, como por ejemplo en los fideicomisos o en la institución del heredero, y en la mayoría de artículos sobre sucesiones, claramente trasladados de las fuentes originales roanas al texto compilado. Sin olvidar la influencia del Derecho canónico, más espiritualista, y el Derecho propio catalán escrito y consuetudinario.

Los redactores de la Compilación eran gente con "sentido común y sabiduría", y en su redacción ganó el "seny" [sentido común] y no la "rauxa" [arrebato]

3. Porque fue obra de juristas prácticos que buscaron, no su satisfacción personal, ni tampoco hacer un texto jurídicamente impecable, sino un texto útil, que recogiera aquello que era o se consideraba entonces lo más fundamental del Derecho catalán. Como dice Faus, distinguieron entre las instituciones que no valía la pena recoger, por no estar ya en uso o ser ya inadecuadas en el momento de la redacción, las que era preciso rectificar y "las instituciones que debían ser estudiadas, tratadas y recogidas con gran cuidado por ser vitales para el país"⁽³⁵⁾. Fueron incluso tan modestos, o simplemente prácticos, que respecto a algunas instituciones consideraron que el Código Civil las regulaba con mayor perfección. Tal era el caso de la sucesión abintestato, que remite al Código Civil en lo relativo al orden de sucesión, ya que el Derecho justinianeo recogía la llamada hasta el décimo grado y la concurrencia de hermanos con los padres en la sucesión de un soltero, lo que producía la disgregación del patrimonio. Así lo dice Faus⁽³⁶⁾ en sus comentarios y lo recordaba muy especialmente Pintó hace pocos días en el colegio de Abogados.
4. Porque, ya lo he dicho antes, sus redactores eran gente con "sentido común y sabiduría", y en su redacción ganó el "seny" [sentido común] y no la "rauxa" [arrebato]. Por eso muchas rectificaciones de normas de nuestro Derecho antiguo son fruto de un profundo sen-

tido común. Valga solo el ejemplo de la rescisión por engaño a medias, la cual tenía una duración de 30 años, lo que volvía casi imposible calcular los precios y las condiciones de una venta tan antigua y producía inseguridad jurídica, que fue sustituida por una de 4 años; o la admisión de la orden de sucesión abintestato, que remite al Código Civil como antes se ha dicho. O las modificaciones en los fideicomisos que luego veremos.

5. Y fundamentalmente porque aclara el sistema de fuentes. Citaré solo tres opiniones. La que figura en el preámbulo de la Ley: "Por decirlo de forma clara y firme, se trata de acabar con las complicaciones del tema de prelación de fuentes. En adelante se conocerá cuál es el Derecho especial de Cataluña solo con examinarla Compilación, y cuantas materias y cuestiones no tengan precepto específico se tendrán que regir por el Código Civil...". Esto era muy claro, pero un poco duro. El mismo texto, sin embargo, le da a continuación una interpretación menos radical, citando que se podrán presentar problemas de interpretación y integración, y estableciendo en el segundo párrafo del artículo primero que para interpretar sus preceptos se tendrá en cuenta la tradición jurídica catalana. La segunda es de Roca Sastre en respuesta a un periodista: "La Compilación era necesaria porque entre la aplicación de un Derecho codificado y la de otro no codificado, como el catalán, el primero estaba en óptimas condiciones para prevalecer. El Derecho codificado tiene más probabilidades de aplicación por las ventajas que presenta frente al manejo de cuerpos legales diversos y las citas de los juristas clásicos, ya que la vida moderna sólo permite a unos pocos eruditos la búsqueda de textos del corpus o en otros cuerpos legales"⁽³⁷⁾. Y la tercera, que escuché en una de las conferencias del Colegio de Abogados, antes citadas, es la gráfica expresión del entonces Presidente de la Audiencia Territorial, Eldipio Lozano, que dijo más o menos (hablo de memoria, pero me quedó grabado): "Claro, antes nos citaban a Papiniano y a otros autores, y era más difícil, ahora con ver la Compilación nos basta".

Veamos ahora cuáles son los puntos fundamentales y más destacables de esta Compilación siguiendo su articulado:

- Establece, como ya he dicho, el sistema de prelación de fuentes (art. 1), permitiendo así que se tuviera en cuenta la tradición jurídica catalana en la interpretación.
- Proclama, siguiendo la doctrina clásica catalana, influenciada en este punto por el derecho canónico, el Derecho de investigación de la paternidad (art. 4), frente a la prohibición general entonces mantenida. Hoy dicha investigación está plenamente admitida por el Código Civil.
- Permite la adopción a los que ya tenían hijos, cosa también prohibida y que hoy también está plenamente autorizada por el Código Civil (art. 6).
- Señala claramente que el régimen patrimonial del matrimonio, a falta de capitulaciones, es el de plena separación de bienes (art. 7) y regula por primera vez las compras con pacto de supervivencia (art. 61-62) de origen consuetudinario y de mucha aplicación entonces en Cataluña, especialmente en el Empordà y reguladas únicamente por la costumbre y la jurisprudencia.
- Indica también con claridad que la mujer casada tiene la más completa administración y disposición de los bienes parafernales, incluso para pleitear sobre ellos y para aceptar y repudiar herencias (art. 49). Esta afirmación, que en el proyecto inicial aún no se atrevieron a proclamar, admitiendo únicamente una licencia marital irrevocable en capitulaciones, se introdujo en el periodo de enmiendas y fue uno de los avances fundamentales, ya que, aunque en Derecho catalán nunca se había pedido la licencia o venia marital, por inercia, falta de estudio o por lo que sea, seguía pidiéndose, fundamentalmente por parte de los bancos. Esta declaración legal impidió cualquier interpretación favorable a la necesidad de licencia, y especialmente consiguió que no se aplicara, en este punto, la licencia que mantenía la ley de 1961 aprobada el 22 de julio y publicada en el BOE de 24 del mismo mes), sobre "derechos políticos profesionales y trabajo de la mujer", que su por una parte permitía a la



mujer soltera ejercer cualquier trabajo u ocupación, en relación con la casada alegaba en la exposición de motivos que “el matrimonio exige una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido”. También en este punto se adelantaron, pues hoy la licencia matrimonial también ha desaparecido en el conjunto del Estado.

- Regulaba los heredamientos de una forma clara y detallada, siguiendo las líneas de la conocida obra de Josep Faus i Condomines “Els capítols matrimonials a la comarca de Guissona” [Los capítulos matrimoniales en la comarca de Guissona]⁽³⁸⁾.
- En materia de testamentos, podemos decir que más que innovar recoge lo más auténtico del Derecho romano, con la figura del heredero como *caput et fundamentum totius testamenti* y la incompatibilidad entre sucesión testada e intestada, recogiendo también lo más tradicional del Derecho propio, por ejemplo al reconocer el carácter meramente instrumental de los testimonio, admitir las figuras del testamento ante rector y el testamento sacramental, aunque Faus reconoce que hubo dudas respecto a su mantenimiento⁽³⁹⁾. Igualmente hay que destacar el acierto de la admisión de la cláusula codicilar implícita (art. 106).
- En materia de sucesión intestada, ya hemos visto que se remitía al Código Civil, pero es preciso destacar algunas especialidades, como el hecho de atribuir a la viuda o viudo el usufructo de la mitad de la herencia (art. 250) y la regulación de la sucesión del impúber (art. 251).
- Proclama también la legítima de una cuarta parte, considerándola como *pars valoris*, robusteciendo por tanto la libertad de testar.
- Regula los fideicomisos siguiendo el modelo del Derecho romano, pero dejando claro que no podía pasar de la segunda generación y estableciendo unos mecanismos para la venta de bienes fideicomisos. Regula también por primera vez, recogiendo materiales del Derecho romano, el fideicomiso de residuo, y establece la novedad de la sustitución preventiva de residuo, tan

útil como poco aplicado, como he dicho alguna vez⁽⁴⁰⁾.

- En materia de derechos reales hay que destacar el reconocimiento, siguiendo también el Derecho romano, de la doctrina del título y el modo en la compraventa (art. 277) o las normas sobre los censos y la *rabassa morta* [cepa muerta].
- Y en materia de obligaciones, cabe recordar la regulación de la rescisión por lesión o engaño a medias, del que excluye algunos supuestos y establece fundamentalmente, como he dicho antes, un plazo de prescripción o caducidad de 4 años (arts. 323-25). También es importante la regulación de la venta a carta de gracia. En cambio, no se atrevió a suprimir la prohibición de prestar fianza de la mujer en general y de la casada en favor del marido, que era nula de pleno derecho (arts. 321-322). Regula también los censales, vitalicios y violarios, y los contratos especiales sobre la tierra y los rebaños, entonces aún importantes.
- En cuanto a la prescripción, restablece el Uso *Omnes causae*, y por tanto el plazo único de 30 años para la prescripción extintiva, ya se trate de acciones reales o personales (art. 344), siempre que no tengan un plazo concreto.
- Y de gran importancia es la disposición final primera, que se cuida de no hablar de derogación del Derecho anterior, sino que dice simplemente que las normas anteriores quedarán sustituidas por las de la Compilación, proclamando pues, aunque sea de manera indirecta (ya que fue uno de los puntos más debatidos), la doctrina de la *iuris continuatio*.

De gran importancia es la disposición final primera, que se cuida de no hablar de derogación del Derecho anterior, sino que dice simplemente que las normas anteriores quedarán sustituidas por las de la Compilación

Por eso podemos decir, con López Burniol, que la Compilación puso fin al

proceso de erosión del Derecho catalán “al recoger con claridad, respeto y excelente técnica jurídica, el Derecho catalán tradicional... Y todo esto se hizo en circunstancias difíciles, por no decir adversas, aprovechando hasta el final las escasas herramientas de las que se disponía. Huyendo de la nefasta tentación del todo o nada, y llegando hasta donde fue posible. Aquellos hombres [los compiladores] hicieron extraordinariamente bien una tarea trascendental, cuya minimización sería una prueba de miopía histórica y falta de generosidad”⁽⁴¹⁾.

6. LA COMPILACIÓN Y EL NOTARIADO

No sería completa esta exposición, y menos estando en el Colegio de Notarios, si no mencionara la magnífica aportación notarial al mantenimiento del Derecho catalán, tanto por su aplicación en las notarías, que no se abandonó nunca, ni siquiera en las peores épocas, como en el proceso de redacción de la propia compilación. Pero en este punto seré muy breve, ya que hablar de los notarios es competencia institucional del Decano, que lo hará a continuación. Yo citaré muy brevemente los cuatro notarios que intervinieron decisivamente en la redacción de la Compilación, de los cuales tenemos la fotografía que figura en la invitación a este acto, es decir, Porcioles, Roca, Faus y Figa Faura. Sin embargo, quiero añadir un recuerdo para Raimon Noguera, que según me consta también intervino, aunque fuera en menor medida, y participó también en las antes citadas Cortes de Andorra. Resumiendo, diremos que:

- Josep M. de Porcioles fue su alma, el impulsor. Sin este impulso no se habría terminado la tarea, e incluso se habría abandonado.
- Ramón M. Roca Sastre fue su autor principal, ya que, como he dicho, redactó la parte de sucesiones, la más amplia y farragosa, y además parece que revisó todo el texto para darle uniformidad.
- Faus Esteve aportó, además de la redacción de la parte de familia, su sabiduría, experiencia, buen talante y sentido común. Su citado discurso en el Colegio de Abogados nos indica el alcance de su intervención.



Los notarios Lluís Figa, Ramon M. Roca, Josep M. de Porcioles y Ramon Raus trabajando en Andorra en la elaboración de la Compilación de 1960

— Y Figa Faura, el último, pero no menos importante. No era notario de Barcelona cuando se constituyó la Comisión, entró en ella más tarde, primero, como hemos visto, en la ampliación de la sub-comisión que redactó el anteproyecto, y después en la Comisión o Cortes de Andorra. Pero su trabajo fue enorme y lo demostró poco después con la publicación inmediata de su *Manual*.

A todos ellos, pues nuestro sincero reconocimiento y agradecimiento por un trabajo bien hecho. Y a todos ustedes, muchas gracias por su paciencia al escucharme.

- (1) PUIG I FERRIOL, Lluís, *Reflexions amb motiu del cinquantenari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya: 1960-2010*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia, 2010.
- (2) Fundamentalmente el de DURAN I BAS. El texto, así como sus vicisitudes posteriores y los otros diversos proyectos que pueden verse en *Projecte d'apèndix i materials precompileris del Dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia, 1995 (Textos Jurídicos Catalans. Lleis i Costums, VI/2).
- (3) Ley de 8 de septiembre de 1939 (BOE 30 de septiembre de 1939, núm. 273). "La Ley de 5 de abril de 1938 afirmando los

principios que informan el espíritu de nuestro Salvador Movimiento, declaró en su preámbulo sin validez jurídica, desde el 17 de julio de 1936, el Estatuto de Cataluña, reflejo exacto de un régimen profundamente disgregador, que implicaba la negación de aquellos vínculos consustanciales con la unidad nacional. Pero en su parte dispositiva sólo dedujo las consecuencias de tal invalidez en el orden administrativo, sin hacer referencia a otras cuestiones jurídicas de señalada importancia que la intervención del Parlamento Catalán y del Tribunal de Casación provocaron en el orden del Derecho Civil con sus audacias reformadoras; por lo cual se hace imprescindible completar las disposiciones de la mencionada Ley, extendiendo los efectos del principio sentado en ella a los problemas planteados por la legislación y jurisprudencia regional del invalidado Estatuto de Cataluña. En su virtud, dispongo: Artículo único. Quedan sin efecto, y por lo tanto dejarán de aplicarse desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrina emanada del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el Derecho existente al promulgarse el Estatuto."

- (4) JOU I MIRABENT, Lluís, "El dret català: entre la Compilació i el Codi", en *Papers de fi de Mil·lenni*, Olot, Miquel Plana editor, 2003,

p. 14. Publicado también en la *Revista de Catalunya*, Barcelona (mayo de 2004).

- (5) Como dijo PINTÓ I RUÍZ en su intervención en la celebración de los 25 años de la Compilación: "Yo os puedo decir que en el momento en que se promulgó la Compilación, el Derecho catalán corría peligro de dispersión. Borrell i Soler y Pella ciertamente existían, pero realizar búsquedas en el Corpus o en las Constituciones de Cataluña, o en la Jurisprudencia, era muy laborioso. Evidentemente era más útil y sencillo invocar el Código Civil que, por lo menos, estaba más a mano." Publicado en: *Simposi Dret Civil de Catalunya, XXV anys de la Compilació*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia, 1989, p.128. Y FAUS I ESTEVE en el mismo *Simposi* (p.113), decía: "Los primeros años que siguieron al final de la Guerra el Derecho catalán escurrió el bulto. Muchos abogados estaban alarmados y atemorizados y casi no se atrevían a invocar preceptos del Derecho de Cataluña en sus escritos e informes."
- (6) NOGUERA GUZMÁN, Raimundo, "De la enfiteusis a la enfiteusis", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V (1950), p. 385-444.
- (7) PASQUAL SERRES, José María, "Imposibilidad de llegar a la codificación única", *Revista Jurídica de Cataluña* (julio-agosto 1945), p. 43- 85 (Anexo de los 75 firmantes p. 80-81).



- (8) Sobre la historia del Congreso se puede consultar: CAMPS Y ARBOIX, Joaquín de, "El congreso de Zaragoza y sus consecuencias", en *Historia del derecho catalán moderno*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 307 y ss.
- (9) Decreto de 23 de mayo de 1947 (BOE 12 junio 1947).
- (10) Orden de 24 de junio de 1947 (BOE 29 junio 1947).
- (11) BASSOLS I PARÉS, Agustí M., "Vers la codificació del Dret civil català. La reforma prèvia de 1984", Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Catalunya*, p. 347-398. En la nota 25 se transcriben los nombres de los designados: Francisco Bonet Ramón, Francisco de Asís Manich Illa, José Emilio Maqua Sagnier, José Pagés Costart, Luis Hernández Palmés, José Sol Vallespí, Luis G. Abadal y Corominas, José María Fábregas Cisteré, Alberto Díaz de Brito y Artigas, José María de Porcioles Colomer, Ramón Faus Esteve, Ángel Traval, Fausto Navarro Azpeitia, Francisco de P. Maspons Anglasesell, José O. Anguera de Sojo, Juan Martí Miralles, Luis Duran y Ventosa, Jaime M. Mans Puigarnau, Antonio María Simarro Puig, Ramón Coll Rodés, Antonio María Borrell Soler, Luis Serrahima Camín, Francisco Condomines Valls, Mauricio Serrahima, Jorge Olivar Daidy, Adolfo Serra Castell, Luis Aigé Corbella, José María Simón Rivella, Salvador Ventosa Pina, Jaime Foraster Aldomà y José Ixart de Moragas. Se incorporaron a la comisión después de su constitución, para suplir vacantes, los Sres. José M. Castelló Madrid y Elpidio Lozano Escalona (para sustituir sucesivamente al primer presidente de la Audiencia Sr. Federico Parera i Abelló); y los Sres. Josep M. Pi Sunyer, Josep M. Pou d'Avilés, Ramón M. Roca Sastre, Joan Maluquer Rosés, Antoni Ferrer Pi, Carles Obiols Taberner y Josep M. Vilardaga Pujol.
- (12) PLA, Josep, "El Notari Ramon M. Roca i Sastre i la Compilació del Dret (1899)", en *Homenots. Segona sèrie*, 3a ed., Barcelona, Editorial Destino, 2001 (Obra completa; 16), p. 427.
- (13) ROCA SASTRE, Ramón M.ª, *Estudios de Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 6, nota 1: "Pero lo que está por publicar, y sería altamente interesante, si bien para ello debería transcurrir aún más tiempo, es lo que designaríamos bajo el título de Pequeña historia de la Compilación catalana." En todo caso contamos con la citada obra de CAMPS Y ARBOIX, *Historia...*, especialmente p. 322 i ss. También puede consultarse: Pablo SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 135-228.
- (14) CAMPS Y ARBOIX, "El congreso...", p. 325.
- (15) PLA, "El Notari...", p. 420.
- (16) PUIG FERRIOL, *Reflexions...*, p. 65-66.
- (17) CAMPS Y ARBOIX, Joaquín de, "La compilación y su contenido", en *Historia...*, p. 325, y el propio FAUS I ESTEVE hace referencia a ello con alguna modificación en el citado *Simposi...*, p. 113. Estas modificaciones podrían ser debidas al propio sistema de trabajo, en el que unos y otros colaboraban en los campos respectivos.
- (18) FAUS ESTEVE, Ramón, "Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4 (julio-agosto 1959), p. 461-479.
- (19) BASSOLS I PARÉS, "Vers la codificació...", p. 19, nota 28.
- (20) PLA, "El Notari...", p. 422.
- (21) *La Compilació a la premsa del seu temps*, Barcelona, Colegio de Notarios de Cataluña, julio de 2010.
- (22) PUIG I FERRIOL, *Reflexions...*, p. 119-120.
- (23) Entrevista efectuada por FRANCISCO DAUNIS, para el periódico *Solidaridad Nacional*, el 20 de julio de 1960.
- (24) CAMPS Y ARBOIX, *Historia...*, p. 330.
- (25) "El derecho civil de Cataluña", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4 (julio-agosto 1960), p. 375-377.
- (26) *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña: Ley de 21 de julio de 1960*, Barcelona, Casacuberta impresor, 1961. La edición facsímil, editada por la propia Academia de Jurisprudencia y Legislación, es de 2010 y lleva un prólogo de su Presidente Josep D. GUÀRDIA I CANELA.
- (27) CONDOMINES VALLS, Francisco de A., FAUS ESTEVE, Ramón, *Derecho Civil especial de Cataluña: Ley de 21 de julio de 1960 anotada*, Barcelona, Librería Bosch, 1960.
- (28) FIGA FAURA, Luis, *Manual de derecho civil catalán*, Barcelona, Bosch, 1961.
- (29) GASSIOT MAGRET, José, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1962.
- (30) *Compilació del Dret civil especial de Catalunya*, Barcelona, Colegio de Abogados de Barcelona, 1963.
- (31) Orden de Educación Nacional de 11 de diciembre de 1962 por la que se crea la Cátedra de Derecho Civil Catalán "Durán y Bas" en la Universidad de Barcelona (BOE 2 enero 1963). En el preámbulo se señala la necesidad y la urgencia de crear esta cátedra por la reciente promulgación de la Compilación del Derecho civil de Cataluña.
- (32) Datos extraídos del *Simposium...*, p. 197 y ss.
- (33) La historia, ponencias y conclusiones del congreso han sido publicadas en el *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, Fundación Congreso Jurídico Catalán, 1972.
- (34) FAUS ESTEVE, "Ante la presentación...", p. 463.
- (35) FAUS ESTEVE, "Ante la presentación...", p. 469.
- (36) CONDOMINES VALLS, FAUS ESTEVE, *Derecho...*, p. 287.
- (37) Entrevista efectuada por el periodista Francisco de URMENETA para el periódico *El Correo Catalán*, el 22 de diciembre de 1960.
- (38) FAUS I CONDOMINES, Josep, "Els capítols matrimonials de la comarca de Guissona", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1907.
- (39) CONDOMINES VALLS, FAUS ESTEVE, *Derecho...*, p. 147.
- (40) FOLLIA CAMPS, Robert, "Comentari arts. 250-251", en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1994, T. II, p. 890.
- (41) En su intervención en el *Simposi...*, p. 145.

Derechos históricos, Compilación y Código Civil: una misma legitimidad

La Compilación fue una pieza básica en la apertura del franquismo que culmina un largo proceso histórico, fruto de la *Renaixença* cultural y del Catalanismo político. El Código Civil de Cataluña es una obra colectiva y consensuada que tiene su legitimidad en el Parlamento de Cataluña pero que sigue injertado en el mismo tronco que la Compilación: un Derecho propio que evoluciona y se renueva sin perder la raíz básica de la libertad civil de las personas.

LLUÍS JOU MIRABENT
Notario de Barcelona

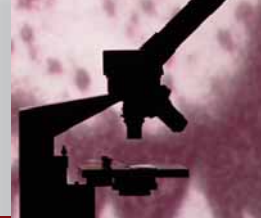
1. EL MOMENTO POLÍTICO DE LA COMPILACIÓN: EL PAPEL DE JOSEP M. DE PORCIOLES

En 2010 las instituciones catalanas, con el Departamento de Justicia en primer lugar, han celebrado los cincuenta años de la aprobación de la Ley 40/1960, de 21 de julio, de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. Ha sido una conmemoración académica, sí, como ya lo fue la del año 1985 que conmemoró sus veinticinco años⁽¹⁾, pero ha sido también una conmemoración política y duradera, con actos en todos los territorios y diversas publicaciones que han subrayado los valores de la Compilación en el proceso evolutivo del Derecho civil de Cataluña, en la regula-



ción de las instituciones que contiene y en los principales autores reales de los textos que se convirtieron en ley. ¿Por qué una conmemoración política, tan institucional, de una ley franquista? Para responder a esta pregunta es preciso ir más allá del valor técnico y de la personalidad descomunal de los autores del anteproyecto de Compi-

lación. Es preciso situarla en su momento histórico, como actuación política insertada en un programa de supuesta apertura de la dictadura hacia esquemas más cercanos a la Europa de su momento. Y es preciso, también, subrayar y defender la doble legitimidad de la Compilación: la que recibía originariamente del hecho de ser una



simple expresión compilada del Derecho histórico —en este sentido no es una ley franquista—, y la legitimidad democrática que le atribuyó la Ley 13/1984, de 20 de marzo, del Parlamento de Cataluña, que la adoptó e integró en el Ordenamiento jurídico catalán y le dio un texto oficial en la lengua del país.

Es sabido que la Compilación es, técnicamente, el fruto del esfuerzo, el sentido común, el saber y el enraizamiento en el país de un grupo de notarios catalanes, todos ellos auténticos *homenots* [grandes tipos], que son Ramon Faus, Ramon M. Roca Sastre, Josep M. de Porcioles y, aun siendo más joven, Lluís Figa Faura, además del abogado Francesc Condomines y el profesor Mans Puigarnau. Un texto técnicamente de gran altura, sin cuya implicación no habría existido o habría sido radicalmente distinto.

La Compilación es, técnicamente, el fruto del esfuerzo, el sentido común, el saber y el enraizamiento en el país de un grupo de notarios catalanes, pero también es fruto del impulso político de Josep M. de Porcioles

El notario Josep M. de Porcioles (Amer 1904 – Vilassar de Dalt 1993) es un personaje contradictorio de la historia reciente de Cataluña. Su padre, Joan de Porcioles, había sido secretario del Ayuntamiento de Banyoles y tras ganar las oposiciones a notarías en el Colegio de Cataluña, fue notario de Alger, Santa Coloma de Queralt, Amer y Balaguer. Él, doctorado en Derecho por la Universidad de Barcelona, ganó las oposiciones a notario el año 1932, tras haber trabajado como oficial en la notaría de su padre y haber preparado el temario, durante dos años y medio, en Valladolid⁽²⁾. Debíó hacer unos buenos ejercicios porque obtuvo directamente una de las notarías de Balaguer, donde ejerció durante un tiempo juntamente con su padre⁽³⁾. Allí fue uno de los dirigentes locales de la Liga y cuando empezó la guerra civil, tras meses de detención, huyó a Francia. A partir de los años cuarenta fue un colaborador del franquismo: presidente de la Diputación de Lleida

entre 1940 y 1943, Director general de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia entre 1943 y 1946, notario de Barcelona por oposición entre notarios a partir de 1947, procurador en Cortes y alcalde de Barcelona entre 1957 y 1973, cuatro mandatos consecutivos por designación directa del dictador. En el ejercicio de este último cargo ha sido criticado y acusado de haber fomentado las remontas y los “edificios singulares” del Ensanche, de haber sido poco cuidadoso con el patrimonio arquitectónico y de haber favorecido la construcción de barriadas periféricas donde se apiñó la población inmigrada, como Ciudad Diagonal, la Pau⁽⁴⁾, el Turó de la Peira, Sant Roc de Badalona, la Mina de Sant Adrià, Bellvitge de l'Hospitalet y otros, calificados de barraquismo vertical y que permitieron el enriquecimiento de unas pocas familias barcelonesas y fomentaron la especulación inmobiliaria. También se le acusa de haber eliminado los tranvías y municipalizado el transporte público con la implantación del autobús urbano, fomentando, además, una circulación automovilística trepidante dentro de la ciudad con proyectos como el Primer Cinturón de Ronda, la Avenida Meridiana, los túneles de Vallvidrera o la red de aparcamientos por concesión⁽⁵⁾. Una imagen destacada de esta tendencia crítica la ofrece, sin dar lugar a dudas, la escultura de Joan Brossa *Record d'un malson*, realizada en 1989 y hoy expuesta en la Biblioteca Popular de Sant Adrià del Besòs.

Por otro lado, sin embargo, es visto como un político posibilista, con más trabajo que discurso, que ha dejado un montón de realizaciones que, a la vista de qué fue el franquismo para Cataluña, pueden merecer una calificación positiva desde una perspectiva de país. Como presidente de la Diputación de Lleida tiene el activo de la devolución a la ciudad de la catedral, convertida en caserna por Felipe V, y de la creación del Instituto de Estudios Ilerdenses, todavía hoy un foco vivo de promoción de la cultura en las tierras de Poniente. En el Ministerio de Justicia, adonde fue llamado por el catalán Eduard Aunós, redactó e hizo aprobar el Reglamento notarial de 1944, hoy vigente a pesar de las importantes reformas de 1984 y 2007, la Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña⁽⁶⁾, así como la Ley Hipotecaria de 1946, pieza

básica, todavía hoy, de un buen sistema de seguridad jurídica preventiva. Como alcalde de Barcelona se le reconoce el mérito de haber promovido una ley especial para la ciudad, la Carta de Barcelona, que le permitía actuar de manera muy presidencialista, prescindiendo de las estructuras del régimen, de haber ideado e implantado un sistema de abastecimiento de aguas procedente del Ter, de haber conseguido la devolución a la ciudad de la montaña y el castillo de Montjuïc, de haber fomentado la realización de toda clase de ferias y congresos, de haber hecho las primeras inversiones en el metro después de la guerra y de haber planteado una exposición universal para 1982 y el plan “Barcelona 20002, en cierta medida precedentes de los Juegos Olímpicos de 1992 y el Plan general metropolitano de 1976. Desde el punto de vista cultural, dio apoyo por primera vez desde 1939 a manifestaciones de la cultura popular como las sardanas o los *tres tombs*, y dio todas las facilidades para la creación del Museo Picasso y la Fundación Miró o la renovación del Zoológico.

Como podemos ver, muchas de sus realizaciones institucionales, convenientemente actualizadas, aún son vigentes. Barcelona obtiene su suministro de agua esencialmente del sistema Ter Llobregat, se rige por una Carta Municipal específica, cuenta con el Plan general metropolitano y los museos Picasso y Miró son algunos de los grandes activos culturales de la ciudad. La Ley de censos de 1945 y la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960, de la cual ahora se ha conmemorado el cincuentenario, son un legado directo de su influencia política, de su visión posibilista de la gestión pública y, por contradictorio que pueda parecer, de su visión catalanista, tan tibia y moderada como se quiera, pero catalanista, de país⁽⁷⁾.

Tal vez por esta razón, a pesar de las reticencias ideológicas explicables de los últimos años, Porcioles no ha sido del todo marginado de nuestra historia reciente. Así, el Ayuntamiento presidido por Pasqual Maragall, que entró a trabajar en la casa grande precisamente cuando Porcioles era alcalde, le concedió la Medalla de Oro de la ciudad en 1983. Y Jordi Pujol, Presidente de la Generalitat, y Narcís Serra, entonces vicepresidente del gobierno español, le elogiaron públicamente cuando murió, el



3 de septiembre de 1993. El propio Jordi Pujol destacaba que *Porcioles fue... un visionario. Muchas de las obras que se han hecho en Barcelona se comenzaron a planear en su época*⁽⁸⁾. El convenio con la familia para depositar su archivo en el Archivo Nacional de Cataluña se firmó, en presencia de Pujol, en el Palacio de la Generalitat.

2. LA COMPILACIÓN Y SU CIRCUNSTANCIA

A) El marco político

Para enmarcar la aprobación de la Compilación en su momento político, me parece de interés la siguiente cita del historiador Joan B. Culla: *El final de la década de los cincuenta está presidido, en Cataluña, por el deterioro del clima económico y el subsiguiente malestar de diversas capas sociales. El considerable ritmo de la inflación, el incontestable incremento del coste de la vida (un 12,5% sólo en 1958)*⁽⁹⁾, *el déficit creciente de la balanza comercial o el hecho de que, en 1959, la producción de energía eléctrica bajase por primera vez desde la Guerra Civil, eran otros tantos síntomas del fracaso de las concepciones autárquicas y de la urgencia de un cambio de rumbo*⁽¹⁰⁾. El régimen, convencido por la fuerza de que era imposible seguir con la misma línea política y, sobre todo, económica que había seguido desde el final de la Guerra, incluso con el apoyo americano derivado de los pactos de 1951, se ve obligado a introducir cambios radicales en materia económica, sino introducirlos en el campo político. De hecho, es el que sucede hoy en China. En 1957 Mariano Navarro Rubio es designado Ministro de Hacienda y el catalán Alberto Ullastres de Comercio, quien llamó como asesores a los también catalanes Joan Sardà Deixeu y Fabià Estapé, inspiradores del Plan nacional de estabilización económica, concretado en el decreto-ley de 21 de julio de 1959 que, en los años por venir, sería pilotado por otro Ministro catalán: Laureà López Rodó. La apertura al exterior, la devaluación de la peseta en más de un 40%, la liberalización de las importaciones, la autorización a los capitales extranjeros para que participaran en empresas locales, la congelación de salarios, la reducción drástica de las horas extras o el incremento de los precios de las empresas públicas generaron inquietud en

una parte del empresariado catalán y forzaron el cierre de empresas de sectores que vivían esencialmente de la autarquía, sobre todo del textil, del calzado y de la piel. El hecho de que la representación catalana en el gobierno fuese esencialmente técnica y a título individual y que ni los empresarios locales ni la Cámara de Comercio fueran tenidos en cuenta incrementó la inquietud. Es en este clima de reformas económicas donde hay que situar el nombramiento de Josep M. de Porcioles como alcalde: un hombre técnicamente preparado, con experiencia política, dentro del régimen, relativamente independiente, y con una imagen profesional más bien respetable. No es extraño que, por profesión y por convicción, tuviera una buena predisposición a llevar adelante la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Él, que ya había formado parte de la ponencia o comisión de expertos que redactó el anteproyecto, tuvo que implicarse políticamente para que saliera adelante con una cierta integridad.

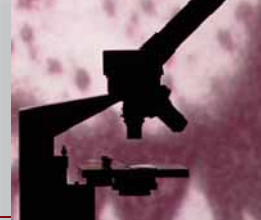
Es bien sabido, y últimamente ha sido hartamente recordado, el largo camino que esta ley siguió entre 1946, año del famoso Congreso de Zaragoza, hasta su promulgación del 21 de julio de 1960. El Decreto de 23 de mayo de 1947 constituyó una comisión de 37 personas encargada de redactar su proyecto. La comisión, demasiado extensa, designó una ponencia de ocho juristas, que primero presidió el antiguo dirigente de la Liga Lluís Duran i Ventosa y luego Francesc d'A. Condomines Valls. Formaban parte de él los notarios Ramon M. Faus Esteve, ponente del título de Derecho de familia, Josep M. de Porcioles, que se reservó el capítulo de heredamientos, y Ramon M. Roca Sastre, ponente del título de Derecho de sucesiones. El abogado Condomines fue ponente del título de obligaciones y contratos y el catedrático Mans Puigarnau y el abogado Maluquer y Rosés lo fueron de derechos reales. Al morir Duran i Ventosa y acceder a la presidencia Condomines se incorporó a la ponencia otro notario, Lluís Figa Faura⁽¹¹⁾.

La ponencia tomó como base de su trabajo el *Projecte d'apèndix* [Proyecto de apéndice] de 1930, proyecto que la Liga quería hacer aprobar por el Parlamento de Cataluña en 1933, adaptado a las circunstancias del momento por Mans Puigarnau. El resultado fue un anteproyecto de 569

artículos dividido en un Título preliminar, que establecía normas de interpretación y de integración del Derecho con conservación del Derecho supletorio Canónico y Romano, y cuatro Libros, que regulaban la persona y la familia, las cosas y los derechos reales, las sucesiones y las obligaciones y la prescripción. El *Projecte de Compilación* fue presentado a la Comisión General de Codificación, que lo consideró inaceptable por extensión y ambición. Contenía más instituciones de lo que los juristas españoles, con Castán Tobeñas al frente, podían digerir, y además mantenía un sistema autóctono de Derecho supletorio. Como siempre, y así fue entonces, los técnicos son más contrarios que los políticos a las "especialidades" catalanas, y son los primeros los que se imponen. El recorte del proyecto fue descomunal y cuando los juristas catalanes tuvieron en la mano la última versión el desencanto fue general. Entonces Porcioles pidió audiencia al dictador para hablar del asunto, y a base de darle argumentos políticos —la compilación era un texto absolutamente tradicional y no adulterado por el liberalismo del Código francés— y tácticos —se podía admitir el texto de la Comisión General como proyecto de ley, salvando así la dignidad de Castán pero enmendarla en la Comisión de Justicia de las Cortes— y también, a base de trabajar rápido y bien él y los suyos, en Andorra, las Cortes franquistas aprobaron la Ley que el propio Porcioles defendió ante el Pleno. Su buena relación con el Ministro de Justicia, Iturmendi, su aureola de alcalde de Barcelona respetado por Franco y el hecho de que el notario López Palop, suegro de Lluís Figa, estuviera en la Comisión de Justicia de las Cortes, debieron ayudar.

La Compilación fue una pieza básica en la apertura del franquismo hacia nuevos esquemas políticos y económicos, imprescindible para que España ingresara en las instituciones económicas internacionales

El giro de Franco en el tema de la Compilación, más allá de la capacidad de convicción del alcalde de Barcelona, formaba parte de la estrategia de cambio econó-



mico iniciada dos años antes y de lo que después se ha conocido como la “operación Cataluña”, un intento del régimen de encontrar más simpatías en nuestro país, de romper el recelo hacia la nueva política económica y de ganarse en el extranjero una cierta credibilidad aperturista que sólo tenía posibilidades de éxito si se hacía desde Cataluña. Es una estrategia que Porcilles promovía, también, con la idea de que una mayor colaboración permitía arrancar más concesiones. No está del todo fuera de lugar relacionar con esta operación el cese (en febrero de 1960) del director de *La Vanguardia* Luis Martínez de Galinsoga que había pronunciado su famoso *Todos los catalanes son una mierda*, por el simple hecho de que un sacerdote se atreviera a hacer una homilía en catalán justo ocho meses antes⁽¹²⁾. En aquel momento Franco decidió pasar unas semanas en Barcelona y hasta asistió a un concierto del Orfeón Catalán en el Palacio de la Música donde se cantaría en catalán. Es el concierto que ha pasado a la historia porque una pequeña parte del público se atrevió a cantar el *Cant de la senyera*, provocando los conocidos “Hechos del Palau” (19 de mayo de 1960) que llevaron a Jordi Pujol a la cárcel, condenado a siete años por un Tribunal militar.

La Compilación, juntamente con la Carta de Barcelona, aprobada meses antes, y la cesión a la ciudad de la montaña de Montjuic, aprobada el mismo día, fue, en mi opinión, una pieza básica en el intento de apertura del franquismo hacia nuevos esquemas políticos y económicos, apertura que tuvo su punto culminante con la ley de prensa e imprenta de 1966, que suprimió la censura previa en la edición de libros e hizo posible un tímido reinicio de la edición en lengua catalana. Era una apertura imprescindible para que España ingresara en las instituciones económicas internacionales, aun cuando se hiciera bajo la férrea vigilancia de Franco, Carrero Blanco⁽¹³⁾ y otros poderes del régimen.

B) El marco social

La Compilación de 1960 era, como ha subrayado López Burniol⁽¹⁴⁾, la culminación de un largo proceso histórico, fruto de la *Renaixença* cultural y del Catalanismo político⁽¹⁵⁾. Tenía 344 artículos, tres disposiciones finales, una adicional y seis transito-

rias. Aunque se podía considerar un éxito político de Porcilles, parece evidente que se supo distanciar de él y dejó el protagonismo de defenderla ante la comunidad jurídica a los miembros de la ponencia, en especial a Roca Sastre, Faus Esteve y Francesc Condomines, decanos, estos últimos, de los Colegios de notarios y de abogados de Barcelona. Estaba estructurado en un Título preliminar, dedicado a la aplicación y la interpretación del Derecho, y cuatro capítulos que regulaban instituciones de Derecho familiar; de Derecho de sucesiones; algunos de derechos reales, y unas particularidades sobre las obligaciones y la prescripción⁽¹⁶⁾. Obviamente fue publicado en una única versión oficial castellana —el catalán estaba excluido de cualquier uso oficial— pero en 1963 el Colegio de Abogados de Barcelona publicó una versión en catalán, obra de J. De Camps i Arboix y Enric Jardí, que actualmente es una auténtica obra de bibliófilo.

La Compilación de 1960 era la culminación de un largo proceso histórico, fruto de la *Renaixença* cultural y del Catalanismo político

La Compilación no constituía un sistema completo. Modificaba el sistema de fuentes del Derecho, que pasaba a ser: en primer lugar, la Compilación, el Capítulo del Código Civil que regulaba la forma y los efectos personales del matrimonio y la Ley de censos de 1945; en segundo lugar, las leyes civiles españolas de ámbito sectorial o especial. Seguían la costumbre general o local y finalmente el Código Civil español, aunque la aplicación de éste no era automática porque antes había que tener en cuenta la tradición jurídica catalana encarnada en las leyes antiguas, la costumbre y la doctrina de los autores, sobre la base de lo que Roca y Sastre llamó la “*iuris continuatio*”⁽¹⁷⁾. Me interesa subrayar que, en mi opinión, la “*iuris continuatio*” defendida por Roca Sastre es mucho más que una construcción práctica que permite seguir alegando el Derecho histórico. Subliminalmente, la “*iuris continuatio*” es una construcción política que legitima la existencia de la Compilación no en la aprobación por

las Cortes franquistas y la sanción del dictador sino en los Derechos históricos, de los cuales la Compilación es “una expresión no novatoria”, de manera que la legitimidad de la Compilación le viene de las Cortes tradicionales, y por lo tanto de los órganos políticos propios suprimidos en 1714.

Además del sistema de fuentes y de esta peculiar continuidad en el Derecho histórico, la Compilación contenía, en apariencia principalmente, una detallada regulación de las instituciones tradicionales que diferían sustancialmente de la regulación del Código español. Estas instituciones eran, básicamente, el régimen de separación de bienes del matrimonio, que seguía siendo legal a falta de pacto entre los esposos anterior o posterior al matrimonio, los capítulos matrimoniales, la necesidad de existencia de heredero en la sucesión y en el testamento, la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, la legítima de la cuarta parte vigente en toda Cataluña desde 1599, las sustituciones pupilar y ejemplar, los fideicomisos y la sustituciones preventivas de residuo, los legados y la reserva a favor de los herederos de la cuarta falcidia, el usufructo viudal abintestato (calcado de la Ley republicana de 1936), la reserva binupcial, la enfiteusis, el usufructo de bosques, algunas normas sobre servidumbres y relaciones entre fincas vecinas, la rescisión de los contratos por lesión, la compraventa a carta de gracia y el uso *omnes causa*, conservando el plazo de 30 años para la prescripción de acciones y para la usucapción de inmuebles, aunque se establecía el de seis años para cosas muebles.

Al lado de instituciones todavía vivas y vigentes hoy, mantenía algunas que ahora parecen totalmente arcaicas: la regulación de la dote obligatoria y las demás instituciones dotal; la presunción muciana, según la cual los bienes propiedad de la mujer casada de los que no pueda demostrar su procedencia se presumían donados por el marido; la limitación de donaciones entre esposos; los heredamientos; la institución de heredero por fiduciario y las herencias de confianza; la prohibición, en caso de segundas nupcias, de favorecer al segundo cónyuge más que al hijo menos favorecido del primer matrimonio; la prohibición de avalar a las mujeres, irrenunciable si se trataba de avalar al marido; o la



indignidad de suceder que afectaba a los hijos adúlteros.

La Compilación salvó lo más esencial del Derecho catalán: un sistema de fuentes específico, aun cuando fuera devaluado, una declaración de continuidad con el Derecho histórico y la regulación detallada de una serie de instituciones genuinas. Además, en palabras de Roca Sastre, *codifica el Derecho, aclara dudas y facilita su conocimiento*. La mayoría de las normas ya existían, aun cuando no se aplicaban, en muchísimos casos por comodidad o ignorancia. La aprobación de la Compilación, juntamente con el retorno de Montjuïc a Barcelona que se aprobó el mismo día, tuvo una relevancia considerable y positiva en la prensa de aquel tiempo, aunque inferior, en mi opinión, a su importancia real. Repasar la hemeroteca, tarea facilitada por la edición del dossier de prensa que ha realizado el Colegio de Notarios de Cataluña con ocasión de la conmemoración del cincuentenario⁽¹⁸⁾, permite destacar la sistemática omisión del hecho de que era una victoria retrasada, aunque parcial, del catalanismo político conservador que desde hacía 75 años luchaba por tener un texto legal propio. Nuestra historia era negada por sistema, como a menudo ocurre todavía hoy, con la finalidad de diluirla.

Me parece indicativo subrayar, sin embargo, que la Compilación fue promulgada el mismo día que la Ley de propiedad horizontal. Una ley llamada a regir la expansión urbana y a facilitar el acceso a la propiedad inmobiliaria de las masas populares. Hay que tener en cuenta que, en parte como consecuencia de las medidas del Plan nacional de estabilización económica, los años sesenta y setenta asistieron a un crecimiento económico y demográfico extraordinario e inédito tanto en Cataluña como en España. En Cataluña, sólo entre 1960 y 1964, la producción industrial se multiplicó por dos y la mano de obra ocupada creció un 27,5%. La producción de la fábrica SEAT, que desde 1957 produce los "600", crece un 144%, la plantilla un 50%, y al final del periodo lanza su "1500". Crecen el sector químico y la construcción, comienzan a llegar turistas de una forma espectacular y, por primera vez en siglos, la economía catalana inició una tendencia a la exportación exterior. En definitiva, en el quinquenio 1960-1964 el PIB crece

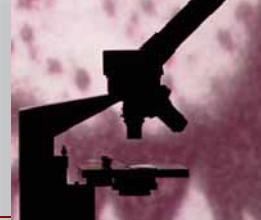
un 40,2%⁽¹⁹⁾. Todo ello comporta un crecimiento demográfico sin precedentes: entre 1960 y 1964 llegan a Cataluña hasta 400.000 procedentes del resto del Estado y la población crece en 490.000 habitantes⁽²⁰⁾. Crecimiento demográfico, demanda turística y mejora de las condiciones económicas impulsaron, y hasta qué punto, el crecimiento urbano, sobre todo por la vía de los edificios plurifamiliares amparados en la Ley de propiedad horizontal desde el punto de vista civil, la expansión del préstamo hipotecario para financiarlo⁽²¹⁾, y en la normativa de viviendas protegidas en lo relativo a las bonificaciones fiscales, cuando no por la vía de las obras sindicales de vivienda. Simultáneamente, la progresiva mecanización del campo y el acceso de la población al automóvil incrementaron la presión sobre las ciudades, en especial sobre Barcelona y el Barcelonès, el Vallès y el Baix Llobregat.

La Compilación y la Ley de propiedad horizontal, aprobadas el mismo día⁽²²⁾, son dos caras del mismo tiempo: una tiene por base una sociedad tradicional eminentemente rural donde la masía y el heredero son fundamentales; la otra tiene por base una sociedad urbana, moderna, en la que es fundamental la pequeña propiedad, la familia estricta y el patrimonio de subsistencia, pero con vivienda de propiedad⁽²³⁾. Todo ello hizo que en poco tiempo muchas de las instituciones reguladas por la Compilación quedaran en desuso y que los artículos compilados fueran más útiles para comprender y regular situaciones antiguas ya constituidas (heredamientos, censos y fideicomisos especialmente) que para constituir otras nuevas, con las excepciones del régimen de bienes y la legítima corta y a pagar en dinero. La estadística de la Dirección General de Registros y Notariado no permite extraer datos con facilidad, pero sería interesante comparar el número de escrituras de división horizontal autorizadas entre 1960 y 1980, por ejemplo, con el número de escrituras de establecimiento enfiteútico, o el número de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en comparación con el de censales o compraventas a carta de gracia. Sí que permiten rastrear el número de capítulos matrimoniales, y en consecuencia de instrumentos susceptibles de contener heredamiento o instituciones

dotaes, otorgadas en este periodo: nunca más de 950, en descenso constante. Por otro lado, la extensión de los patrimonios de subsistencia, constituidos ya no por masías o por casas, sino por pequeñas viviendas en propiedad horizontal, el acceso progresivo de la mujer al trabajo y la consolidación de un modelo de familia reducida, cambiaron los hábitos de los catalanes a la hora de comprar inmuebles, ahora mayoritariamente adquiridos por mitades indivisas, y a la hora de otorgar testamento: la institución recíproca de heredero entre esposos con sustitución vulgar a favor de los hijos se ha convertido en la tipología más frecuente de testamento de las personas casadas. La práctica del fideicomiso con hijos puestos en condición ha desaparecido, sin perjuicio de la renovada utilidad de los fideicomisos de residuo o de las sustituciones preventivas de residuo para matrimonios sin hijos o para matrimonios divorciados.

La "iuris continuatio" es mucho más que una construcción práctica, es una construcción política que legitima la existencia de la compilación no en la sanción del dictador sino en los Derechos históricos, de manera que la legitimidad le viene de las Cortes tradicionales, y por lo tanto de los órganos políticos propios suprimidos en 1714

Aunque la utilidad social de la Compilación podría llegar a ser discutible, pues, a excepción de los pilares esenciales del régimen de separación de bienes y la legítima corta (en definitiva, de la protección de la libertad individual), su utilidad en términos de estructura social y de preservación de la identidad nacional, en otras palabras, su trascendencia política ha demostrado ser, pasado el tiempo, extraordinaria. Es en razón de esta importancia histórica que en la inauguración de las Jornadas de Derecho catalán de Tossa de Mar del año 2008 la consejera Montserrat Tura anunció la intención del Departamento de Justicia de la Generalitat de conmemorar activamente los cincuenta años de su promulgación⁽²⁴⁾.



3. LA COMPILACIÓN EN LOS ÚLTIMOS 30 AÑOS

A) *Fundamento ilimitado de la potestad legislativa*

La Constitución española de 1978, siguiendo la de 1931 pero con una redacción atormentada y retorcida, fruto de las dos visiones de España que pugnan en ella⁽²⁵⁾, establece que el Derecho civil es competencia del Estado sin perjuicio de la competencia de las comunidades autónomas para conservar, modificar y desarrollar los derechos civiles allí donde los había, a excepción de la regulación de la aplicación y la eficacia de las normas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales y las normas para resolver los conflictos de leyes, así como la determinación de las fuentes del Derecho, que siempre serán competencia del Estado, aun cuando en este caso respetará las normas autonómicas. El Estatuto de Autonomía de 1979 confirió a la Generalitat la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Catalán. En cierta manera, pues, sin la Compilación de 1960 el Estatuto no habría podido atribuir a la Generalitat la competencia legislativa en materia de Derecho civil.

Ahora bien, la formulación de la Constitución, sintácticamente complicada, facilitó una auténtica ofensiva de los juristas españoles en defensa del inmovilismo jurídico-civil y del mantenimiento del “statu quo” uniformista. Catedráticos de universidad, registradores de la propiedad, notarios de Madrid y cercanías, jueces y funcionarios de toda clase defendieron que la competencia autonómica se limitaba estrictamente a la modificación y conservación del a Compilación. Lo que en principio fue la base de la competencia legislativa, contar con la Compilación, corría el riesgo de convertirse en un límite para esta competencia si se admitía que Cataluña solo podía actualizar la Compilación, pero no podía ir más allá.

Los juristas catalanes, entre otros Encarna Roca, Lluís Puig⁽²⁶⁾ y Ferran Badosa desde el ámbito universitario, y Josep M. Puig Salellas y Lluís Roca-Sastre desde el

notarial, interpretaban estas normas en el sentido de que el Parlament podía legislar sobre todas las materias civiles no reservadas expresamente al Estado en el último inciso del punto. Un Congreso celebrado en Zaragoza en otoño de 1981 con la participación de los principales juristas de las llamadas “regiones forales” estableció las bases de una interpretación más ajustada a la letra y al espíritu del texto constitucional. También las Jornadas de Derecho catalán en Tossa, que se celebran cada dos años de manera ininterrumpida desde 1980 por iniciativa primero de la Universidad de Barcelona y después de la de Girona, contribuyeron a consolidar un estado de opinión favorable a una interpretación autonomista de la Constitución en este campo.

La Compilación salvó lo más esencial del Derecho catalán: un sistema de fuentes específico, aun cuando fuera devaluado, una declaración de continuidad con el Derecho histórico y la regulación detallada de una serie de instituciones genuinas

En todo caso, el primer gobierno de Jordi Pujol fue extraordinariamente prudente en este tema. En 1981 se constituyó una ponencia conjunta en la Comisión de Justicia del Parlament con el objetivo de elaborar una proposición de ley para modificar la Compilación de 1960 que fuese obra de todos los grupos presentes en la Cámara. Se evitaba de este modo el protagonismo del gobierno y se favorecía la unidad política en esta materia, en la cual se actuó igual que se hacía en materia de lengua y política lingüística: prudencia y unidad. A finales de la I Legislatura se aprobó la Ley 13/1984, de 20 de marzo de reforma de la Compilación, que introdujo en el sistema de fuentes el concepto de autointegración, modificó el régimen de la dote, estableció la igualdad del hombre y la mujer y los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, suprimió las limitaciones de disponer para los casos de segundas nupcias, introdujo pequeños cambios en el régimen de la sucesión intestada (con llamamiento a la Generalitat), y adecuó otros aspectos más secundarios. El 19 de julio del mismo 1984

se promulgó el Decreto legislativo 1/1984, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. En la II Legislatura entraron en vigor tres leyes civiles promovidas por el consejero de Justicia Agustí Bassols⁽²⁷⁾. Se trata de las leyes 10/1987 y 11/1987, las dos de 25 de mayo, que modificaron la Compilación en materia de adopción y de reservas, y de la Ley 9/1987, sobre Sucesión intestada, también de 25 de mayo. Esta última derogó cuatro artículos de la Compilación y, con 29 artículos, es la primera de las leyes especiales que después se irían prodigando hasta dejar la Compilación prácticamente sin contenido. De hecho, esta Ley modernizaba nuestro Derecho y lo adecuaba a la realidad social dado que mejoraba la posición del cónyuge en la sucesión intestada, ya que en ausencia de descendientes es el primero llamado a la herencia del difunto con preferencia a los padres, y en concurrencia con descendientes adquiere el usufructo universal y no de la mitad. El Gobierno español, entonces con mayoría absoluta del PSOE, impugnó la Ley de sucesión intestada ante el Tribunal Constitucional con el argumento de que la Generalitat se había excedido en sus competencias. El Gobierno, prisionero de las opiniones uniformistas de sus letrados y cuerpos de élite, hacía suya la argumentación de que las competencias de la Generalitat no pasaban de la Compilación.

B) *La construcción de un Derecho civil nuevo a partir de la Compilación*

Esta impugnación detuvo durante tres años el proceso de actualización del Derecho civil, que sólo se retomó con la ley de censos⁽²⁸⁾. Políticamente era ir sobre seguro: su importancia social era aparentemente escasa y nadie podía negar la competencia del Parlament para modificar una materia regulada en la Compilación de 1960 y en la ley de 1945 de manera bien distinta a la regulación del Código español. Además, permitía insistir en la vía de las leyes especiales y no en las de modificación de la Compilación, precisamente porque la Ley de 1945 ya era una ley especial. La Ley 6/1990, de 16 de marzo, de Censos, derogó 23 artículos de la Compilación, iniciando así el camino de dejarla vacía de contenido sin derogarla. La Ley de censos, con 32 artículos, dos disposiciones finales y cinco



disposiciones transitorias que constituían su auténtico núcleo normativo, permitiendo cancelar en los registros de la propiedad de Cataluña, sobre la base de una presunción de prescripción, los censos que no se habían dividido en cumplimiento de la Ley de 1945 y todos aquellos cuyos titulares no hicieran una declaración expresa de vigencia en los cinco años siguientes al 28 de marzo de 1990. A pesar de la resistencia inicial de los registradores de Cataluña a aplicarla⁽²⁹⁾, la ley fue un instrumento práctico y útil para liberar miles de fincas de censos inexistentes y sólo vigentes según los registros y, a la vez, porque los titulares efectivos de censos sacasen algún provecho de ellos.

La misma técnica de la Ley especial se empleó para la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la Acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad, que reguló por primera vez la acción negatoria, sistematizó la materia de las inmisiones e introdujo modificaciones significativas en la regulación clásica de las servidumbres y de la mediería, derogando 13 artículos de la Compilación. En cambio, la Ley 8/1990, de 9 de abril, de Modificación de la regulación de la legítima, tan trascendente para el día a día del fenómeno sucesorio en Cataluña, optó por redactar de nuevo los artículos 122 a 146 de la Compilación. Como es sabido, esta ley convirtió la legítima en un derecho personal sin ninguna garantía real específica, suprimió la legítima de los abuelos, redujo de 30 a 15 años el plazo de prescripción de la acción para reclamarla e introdujo cambios en los efectos de la preterición y de la renuncia. Poco después, la ley 40/1991, de 30 de diciembre, o Código de Sucesiones de Cataluña, que con 396 artículos y otras 14 disposiciones es la más extensa aprobada por el Parlament, “sustituyó”, que no derogó⁽³⁰⁾, hasta 214 artículos de la Compilación. El código de Sucesiones constituía una regulación absolutamente autónoma y completa por la vía de la autointegración que excluía la aplicación en Cataluña del Código español.

La Compilación es, como ya hemos dicho, fruto del trabajo técnico de una ponencia integrada por grandes personalidades del Derecho, profesionales o académicas. El Departamento de Justicia de la Generalitat también encomendó la redacción de los anteproyectos a comisiones técnicas,

normalmente reducidas y siempre mixtas, con profesionales y universitarios⁽³¹⁾. Esta especie de mimetismo con el proceso de compilación ha enriquecido técnicamente la normativa y la ha hecho más participativa y consensuada, cosa que debe valorarse como un activo inmenso, tal vez heredado, también, de la Compilación misma.

Otras leyes continuaron el proceso de vaciar de contenido la Compilación, que quedó progresivamente reducida en extensión al tiempo que crecían los textos legales nuevos que la modernizaban y desarrollaban. Es posible que nadie se haya planteado de un modo consciente la pervivencia formal de la Compilación, pero el hilo conductor entre el Derecho que esta sustituyó hace cincuenta años, esto es, el Derecho histórico, y el Código Civil de Cataluña es, precisamente, esta pervivencia.

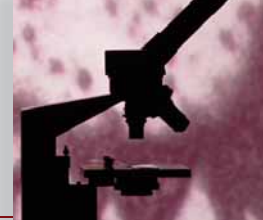
Aunque la utilidad social de la Compilación podría llegar a ser discutible, a excepción de los pilares esenciales del régimen de separación de bienes y la legítima corta (en definitiva, de la protección de la libertad individual), su utilidad en términos de estructura social y de preservación de la identidad nacional, en otras palabras, su transcendencia política ha demostrado ser, pasado el tiempo, extraordinaria

Efectivamente, la Ley 7/1991, de 27 de abril de 1991, de Filiaciones, reguló íntegramente esta institución y derogó los artículos 4 y 5 de la Compilación. Esta ley estableció una presunción de paternidad no matrimonial en los supuestos de relaciones sexuales con la madre dentro del periodo legal de concepción, aproximando la filiación no matrimonial a la matrimonial no solo en lo relativo a los efectos, sino también en lo relativo a la determinación. Poco después se añadieron al bagaje legislativo catalán la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de adopción, y la

Ley 39/1991, también de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares. Una cuarta, la Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la Compilación en materia de venta a carta de gracia.

A partir de este momento se trabajó en la línea de alternar leyes especiales y modificaciones de la Compilación según la materia a tratar, con el objetivo de elaborar tres códigos: el de sucesiones, el de familia y el de Derecho patrimonial, de manera que en el futuro se pudieran refundir en un Código único⁽³²⁾. De acuerdo con este plan se aprobaron la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges; la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre y la ley 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes⁽³³⁾. Una vez aprobadas, se inició la tramitación de lo que debía ser la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Su elaboración, ahora con Núria de Gispert en la consejería de Justicia, exigió la superación previa de dos cuestiones de política legislativa: la inclusión de una regulación de los efectos del matrimonio y de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial, y la equiparación al matrimonio de las llamadas parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales. La primera cuestión se resolvió de manera positiva. El Estado tiene competencia exclusiva para regular las formas del matrimonio y la separación y el divorcio, pero la Generalitat puede regular los efectos que producen. De esta forma, el Código de Familia regula los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, incluidos los efectos de la nulidad, el divorcio y la separación e incorpora, sistematizadas y armonizadas, las leyes sobre Derecho de familia antes mencionadas, a la vez que deroga los artículos 6 a 62 de la Compilación⁽³⁴⁾.

La cuestión de la equiparación al matrimonio de las parejas de hecho se solucionó con un pacto de compromiso que consistió en no incluir su regulación en el Código pero hacerlo en una Ley especial, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. La ley regula las uniones estables de pareja, tanto las heterosexuales como las homosexuales, con una normativa paralela pero no idéntica porque, según explicaba el preámbulo, la pareja heterosexual que vivía maritalmente, si no se casaba, era



porque no quería, mientras que la pareja homosexual no se podía casar. La equiparación a efectos civiles quedó completada con la equiparación a efectos fiscales en lo relativo al Impuesto de sucesiones, por la Ley 25/1998, de 31 de diciembre. Esta Ley fue pionera en la materia y ha sido imitada por muchos parlamentos autónomos y estatales. El gobierno del Partido Popular se abstuvo de impugnar el Código de Familia y la Ley de uniones estables de pareja, del a misma forma que tampoco había impugnado, meses antes, la Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística. El pacto implícito de apoyo mutuo que surgió de los pactos del Majestic, tan criticados, permitió pues un avance significativo en dos ámbitos esenciales para la identidad: la lengua y el Derecho civil⁽³⁵⁾. Poco después se aprobó la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, que da amparo legal a las situaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda que comparten con voluntad de permanencia.

Dado el volumen y la extensión que alcanzaba la nueva legislación civil catalana, el año 2000 el Gobierno de la Generalitat, a propuesta de Núria de Gispert, optó por institucionalizar el consenso político y profesional que había acompañado a su elaboración subrayando aún más que era un proceso participativo. Esta institucionalización se llevó a cabo con la creación del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña⁽³⁶⁾, como órgano consultivo del Gobierno en materia de Derecho privado y con la finalidad de elaborar un Código Civil⁽³⁷⁾. El Observatorio se organizó, hasta 2004, en una Comisión de codificación y las secciones de sucesiones y familia, de Derecho patrimonial y de armonización. La más activa fue, naturalmente, la de Derecho patrimonial, que a lo largo de la legislatura elaboró diversos proyectos que se convirtieron en las leyes siguientes:

- a) Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas, que regulaba el censal o pensión perpetua y el violaro o pensión vitalicia y derogaba los artículos 330 a 335 de la Compilación.
- b) Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, que introdujo novedades relevantes en el usufructo

de activos financieros y el usufructo con facultad de disponer, además de actualizar las normas tradicionales que contenía la Compilación, de la cual se derogaron los artículos 279 a 282.

- c) Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre y adquisición voluntaria preferente, con una regulación completa y sistemática de los derechos de tanteo, retracto y opción que se podían configurar como derechos reales o con simple eficacia obligacional.
- d) Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura.
- e) Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación.
- f) Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía, que sustituyó la Ley de garantías posesorias sobre cosa mueble de 1991 y además reguló la anticresis.

C) *El Código Civil de Cataluña: un proceso participativo y consensuado*

El objetivo de los tres códigos propuestos por Bassols parecía al alcance. No obstante, las jornadas "Hacia un Código Civil de Cataluña" celebradas a finales de 1998 y la propia creación del Observatorio de Derecho Privado habían alterado parcialmente el objetivo. Se trataba, ya, de construir un Código Civil propio, recogiendo toda la legislación aprobada y elaborando las normas que correspondían a materias pendientes. Para facilitar la tarea se optó por lo que se llama un "código abierto", con una metodología de numeración del articulado que permitía aprobar los diferentes libros y, en hipótesis, títulos y capítulos, por separado sin que la sistemática global ni la numeración normativa se vieran afectadas. La Ley 29/2002, de 30 de diciembre, o primera Ley del Código Civil de Cataluña, es el comienzo de un nuevo capítulo en la historia de nuestro Derecho privado. El objeto de la Ley es establecer la estructura y sistemática del Código Civil de Cataluña y aprobar su libro primero. El Código estará formado por seis libros. Cada libro se dividirá en títulos y estos en capítulos, que pueden estar divididos en secciones

y subsecciones. Por lo que respecta a la numeración de los artículos, cada uno lleva dos números separados por un guión. El primero está integrado por tres cifras que indican respectivamente el libro, el título y el capítulo. El segundo corresponde a la numeración continua que, empezando por el 1, se atribuye a cada artículo dentro de cada capítulo.

Lo que en principio fue la base de la competencia legislativa, la Compilación, corría el riesgo de convertirse en un límite para esta competencia si se admitía que Cataluña solo podía actualizar la Compilación, pero no podía ir más allá

El Código se estructura en seis libros, que son:

- a) Libro primero, relativo a las disposiciones generales, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad.
- b) Libro segundo, relativo a la persona y la familia, que incluye la regulación de la persona física, las materias actualmente comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales en este ámbito.
- c) Libro tercero, relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y las fundaciones.
- d) Libro cuarto, relativo a las sucesiones, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de sucesiones y en otras leyes especiales en este ámbito.
- e) Libro quinto, relativo a los derechos reales, que incluye la regulación de esta materia aprobada por el Parlament.
- f) Libro sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores aprobada por el Parlament.

La misma Ley 29/2002 aprueba el Libro primero del Código, integrado por dos Tí-



tulos: uno que establece las disposiciones generales sobre el Derecho civil de Cataluña y el otro sobre prescripción y caducidad. En lo relativo a las fuentes del Derecho, el artículo 111.1 indica que el Derecho civil de Cataluña está constituido por el Código, las demás leyes del Parlament en materia de Derecho civil, las costumbres y los principios generales del Derecho, aunque la costumbre sólo rige si no hay ley aplicable. Estas normas deben interpretarse e integrarse de acuerdo con los principios generales que informan el Derecho civil de Cataluña, tomando en consideración la tradición jurídica catalana y se aplican con preferencia a cualquier otro, de manera que el derecho supletorio, esto es, el del Estado, sólo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del Derecho civil de Cataluña o de los principios que lo informan. Por lo que respecta a la prescripción y la caducidad, el Código contiene una normativa innovadora y precisa, en la que se reduce hasta diez años (hasta ahora eran treinta) el plazo de prescripción de todas las pretensiones para las que la Ley no establezca un plazo distinto. También se regula la interrupción y la suspensión de la prescripción y la caducidad de las acciones. Deroga los artículos 1 a 3 y 344 de la Compilación, más las disposiciones finales segunda y cuarta, relativas a las fuentes del Derecho.

Cuando se produjo el cambio de gobierno en la Generalitat en enero de 2004 estaba a punto el proyecto del Libro quinto, relativo a los derechos reales⁽³⁸⁾. El nuevo gobierno se planteó el alcance del proyecto, e inicialmente pareció que optaba por un texto más breve que se limitara a regular los derechos reales en cosa ajena sin entrar en materias más discutibles por uno u otro motivo: la normativa general de administración de los bienes, porque no parecía el lugar adecuado; las donaciones, porque no todo el mundo las considera una manera de adquirir; la propiedad, porque regularla podía comportar problemas competenciales, y la propiedad horizontal porque era una materia generalmente sometida a cambios normativos y que requiere entrar en detalles que parecían impropios de un Código. Aun así, el “co-jín” del Observatorio, el consenso político y profesional que había presidido el proceso, el empuje de la comisión y la apuesta

del consejero Vallès porque las leyes civiles contuvieran normas de actualidad para el gran público, salvaron el Libro quinto, que salió adelante y se convirtió en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. La ley regula la posesión; la adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales, sus restricciones estructurales, incluidos los títulos de adquisición que le son exclusivos, como la accesión y la ocupación; las situaciones de comunidad, con un extenso capítulo relativo a la propiedad horizontal; y los derechos reales en cosa ajena, con nueve capítulos. El libro quinto derogó todas las leyes sobre derechos reales mencionadas hasta ahora, desde la de censos hasta la de derechos reales de garantía y, además, los artículos 340 a 342 de la Compilación.

En el año 2008 se aprobaron otros dos libros del Código Civil por medio de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas y la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Ninguna de las dos leyes deroga artículos de la Compilación. La primera por razones obvias y la segunda porque los relativos a las sucesiones ya habían sido derogados por el Código de Sucesiones de 1991.

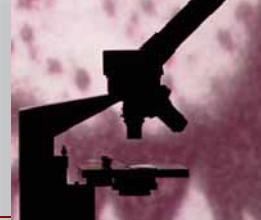
Es posible que nadie se haya planteado de un modo consciente la pervivencia formal de la Compilación, pero el hilo conductor entre el Derecho que esta sustituyó hace cincuenta años, esto es, el Derecho histórico, y el Código Civil de Cataluña es, precisamente, esta pervivencia

El Libro tercero contiene la normativa sobre persona jurídica con un Título de disposiciones generales, uno destinado a regular las asociaciones y el otro a las fundaciones. En esencia, recoge la Ley 5/2001, de fundaciones, que había sustituido a la de 1982 y a la Ley 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones, que regulaba las asociaciones sin ánimo de lucro con domicilio y actividad principal en Cataluña, pero con

una regulación más precisa y extensa de los fenómenos de modificación estructural y un mayor protagonismo del Protectorado en el control de las fundaciones privadas.

El Libro cuarto, relativo a las sucesiones, recoge esencialmente la normativa del Código de Sucesiones de 1991 con un cambio sistemático relevante, la completa igualación de todas las uniones estables de pareja al matrimonio incluso en lo relativo a la sucesión intestada, una nueva regulación de los pactos sucesorios, más actual y abierta a ámbitos no estrictamente familiares que los heredamientos, algunos cambios en materia de legados, de legítima, de cuarta viudal, la comunidad hereditaria y la partición, así como una relativa simplificación de la regulación de los fideicomisos. Está distribuido en seis Títulos relativos a disposiciones generales, sucesión testada, pactos sucesorios, sucesión intestada, otras atribuciones sucesorias determinadas por la Ley y la adquisición de la herencia.

Finalmente, una de las últimas leyes de la VIII Legislatura del Parlament ha sido la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. Este Libro se divide en cuatro títulos: el título I regula la persona física; el título II, las instituciones de protección de la persona; el título III, la familia; y el título IV, las otras relaciones de convivencia. El Código tiene innovaciones importantes, como son, en relación con la persona física, que a efectos del Derecho catalán la personalidad civil se adquiere por el nacimiento y la presunción de con-moriencia, según la cual, para que pueda tener lugar la transmisión de derechos, el beneficiario de la sucesión o de la transmisión haya sobrevivido al causante al menos setenta y dos horas. Por lo que respecta a las instituciones de protección, se regula la tutela, la curatela, el defensor judicial, el desamparo y la guarda, así como los poderes otorgados en previsión de la pérdida de capacidad, la asistencia y los patrimonios protegidos. En relación con la familia, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores hacia los hijos, y por tanto estas responsabilidades, mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y, a falta de acuerdo, corresponde a la autoridad judicial determinar cómo deben ejercerse. Incorpora las



uniones estables en pareja a la regulación del Código y regula, finalmente, las otras relaciones de convivencia que había regulado la Ley 19/1998.

D) *Hacia el Libro sexto. Por un homenaje legislativo a la Compilación*

En este momento del proceso solo cabe esperar que en la próxima Legislatura el Parlament saque adelante al menos una parte del Libro VI⁽³⁹⁾. Correlativamente, la Compilación de 1960 solo conserva once artículos: del 321 al 328, que regulan la rescisión por lesión *ultradimidum* y la venta a carta de gracia, y del 337 al 339, que regulan contratos agrarios tradicionales, más dos disposiciones finales: la que establece la sustitución *per iuris continuatio*, que ha impregnado la legislación posterior, y la que establecía que las remisiones al articulado específico del Código Civil español eran estáticas, así como todo el sistema de disposiciones transitorias y los artículos relativos a la dote, en el sentido antes apuntado. Previsiblemente, estas normas pasarán al Libro VI del Código y constituirán la evidencia de que la Compilación de 1960 pasa el testimonio al Código Civil, en una muestra clara de continuidad y ambición.

Con independencia de que, en mi opinión, es preciso que el Libro sexto contenga una regulación de los contratos en la línea ya trabajada por la Comisión de Derecho patrimonial y el Observatorio de los años 2003 y 2004, y en la que se ha trabajado en 2010, creo que sería bueno incorporar las disposiciones finales de la Compilación al articulado del Título I del Libro primero.

La Disposición Final primera podría pasar a ser, reelaborada, un punto 3 del artículo 111-2, y debería formularse como una incorporación de la Compilación de 1960 y sus modificaciones, y la doctrina que se deriva de ella, a la tradición jurídica catalana. Creo muy procedente haber incorporado a este artículo el mandato de tener en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Casación para interpretar el Derecho civil de Cataluña, y soy de la opinión que haría falta que nuestro sistema de fuentes recogiese de un modo u otro que también se deben tener en cuenta las normas de la Compilación de Derecho civil de 1960 y las leyes que esta sustituyó y las

otras leyes catalanas posteriores en todo lo que no han sido modificadas por el Código u otras leyes. Sería una forma de incorporar al Código una cierta referencia a los Derechos históricos.

La Disposición final tercera también se podría incorporar al Libro primero, probablemente al artículo 11-5 como un punto 2, para aclarar con carácter general si las remisiones a la normativa estatal son estáticas o dinámicas. Para mí, la solución de la Ley 5/2009, de 28 de abril, que opta claramente por la remisión dinámica, se debería incorporar como principio general siempre que se trate de remisiones en bloque, es decir, remisiones a una normativa genérica como puede ser la legislación hipotecaria o la legislación notarial —ordinariamente se trata de materias sobre las cuales la Generalitat no tiene competencia— mientras que la remisión debería ser estática, como decía la Compilación, en los casos de remisiones a un artículo concreto y específico de una ley que regula cuestiones sobre las cuales sí que hay competencia, aunque en estos casos una buena técnica legislativa comportará la incorporación pura y dura del texto de la norma estatal al Ordenamiento jurídico catalán y no una remisión.

La Ley 29/2002, de 30 de diciembre, o primera Ley del Código Civil de Cataluña, es el comienzo de un nuevo capítulo en la historia de nuestro Derecho privado

Llegados a este punto, me interesa subrayar la tesis básica de esta reflexión. La Compilación fue, para la dictadura, una operación de imagen, y para sus impulsores, un remedio para conservar nuestro Derecho. Estos supieron legitimar la Ley, por la vía de la sustitución y de la “*iuris continuatio*”, no en un acuerdo de las Cortes franquistas sino en los Derechos históricos y, por tanto, en el Derecho anterior a 1714. Actualmente, el Código Civil de Cataluña, el más moderno de Europa⁽⁴⁰⁾, es una obra de política jurídica colectiva y consensuada que tiene su legitimidad en el Parlamento de Cataluña pero que continúa injertado en el mismo tronco que la Compilación: un Derecho propio que evoluciona y se renue-

va desde hace mil años sin perder la raíz básica de la libertad civil de las personas. Pienso que todos los catalanes se pueden sentir orgullosos de la sabia síntesis de tradición y modernidad, de refuerzo de la identidad colectiva y refuerzo de la cohesión social, de legitimidad democrática e histórica, que fundamentan el Código.

El hecho de que los gobiernos de Maragall y Montilla, tan diferentes en estructura interna y en ideología a los de Pujol, mantuvieran el plan de elaboración del Código Civil de Cataluña con la misma ambición y extensión que Pujol, constata las ventajas de trabajar de una manera consensuada y participativa, como se ha hecho en los últimos treinta años, y demuestra, también, hasta qué punto los catalanes ven en el Derecho civil una de sus señas de identidad y uno de los medios clave para regular la convivencia social.

No me parece extraño. El sentido pacifista de los catalanes hace que confíen más en la libertad para pactar lo que les convenga que en el intervencionismo del poder público, y esto hace que sientan muy suyo y cercano el Derecho civil. Identidad nacional y utilidad social son las dos vertientes del Código Civil de Cataluña, las cuales lo ligan, de forma directa e íntima, con el texto de la Compilación de 1960, en un proceso largo, tozudo, consensuado, progresivo, nada exento de dificultades y por encima de las ideologías de partida, que subraya que la sociedad catalana, como nación que constituye, tiene, además de una historia propia y diferenciada, una clara voluntad de ser. El Derecho civil es un elemento clave de todo ello.

Y nosotros, los notarios, somos garantes de su aplicación y protagonistas de su evolución.

- (1) En el año 1985 se celebró el simposio de Derecho civil de Cataluña: XXV años de compilación con unas jornadas celebradas en Lloret de Mar. Los trabajos que se presentaron se editaron en DERECHO CIVIL DE CATALUÑA: XXV años de compilación: simposio. Barcelona. Departamento de Justicia. 1989.
- (2) PLA, Josep. *El senyor Josep Maria de Porcicles, alcalde de Barcelona*. En Obra com-

pleta (volumen 16). *Homenots, segona sèrie*. Barcelona. Editorial Destino. 1970.

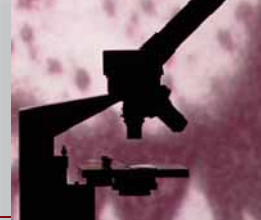
- (3) Entonces Balaguer contaba con cuatro notarios y Lleida con cinco, cosa que da una idea de la importancia de Balaguer en aquel momento.
- (4) Solo en este barrio había 2500 viviendas distribuidas en un centenar de bloques que fueron inaugurados por Franco en 1966 como epílogo de la campaña de los "25 años de Paz".
- (5) Véase Alibés, Josep M, Campo Vidal, Giral, Eugeni, y otros *La Barcelona de Porcioles*. Barcelona, Laia, 1975; Genovès, Dolors, *Les barcelones de Porcioles, un abecedari*. Barcelona, Proa, 2005; Marín i Corbera, Martí. *Porcioles, catalanisme, clientelisme i franquisme*. Barcelona. Editorial Base. 2005; y Martí Jusmet, Francesc i Moreno, Eduard *Barcelona, ¿A dónde vas?* Barcelona, Dirosa. 1975. Véase también el número 295 de L'AVENÇ. Revista d'història i cultura. 2004, con una mesa redonda en la que participaron Manuel Campo Vidal d'Eugeni Giral, y Josep M. Huertas, Rafael Pradas y Salvador Tarragó.
- (6) El proyecto de la cual fue redactado, según parece, por Raimon Noguera de Guzmán sobre la base de un proyecto elaborado por la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat republicana. Sobre la relación entre Raimon Noguera y Porcioles véase Pons Mir, Agustí. *El notari Noguera...* Barcelona, Edicions 62. en prensa.
- (7) Para una visión descriptiva más bien hagiográfica, véase l'"homenot" que le dedicó Josep Pla cuando aún era Alcalde de Barcelona, en Pla, Josep, *Obra Completa*, volumen 16. Barcelona, Editorial Destino, junio de 1970. Véase también Porcioles i Colomer, Josep Maria de. *Mis memorias*. Barcelona, Prensa ibérica, 1993.
- (8) Véase La Vanguardia. Domingo 5 de septiembre de 1993, páginas 29 a 31.
- (9) En 1959 fue del 7% y en 1960 del 2,4%
- (10) CULLA, Joan B. *Del Pla d'estabilització a la fi del franquisme. A Història de Catalunya*. Dirigida por Pierre Villar. Barcelona, Edicions 62, 1989. Volumen VII. Página 261.
- (11) Sobre el proceso de redacción de la Compilación véase, entre otros, FOLLIA CAMPS, Robert. *Presentació a CONDOMINES VALLS, Francisco i FAUS ESTEVE, Ramon, Derecho civil especial de Catalunya*. Edición facsímil. Barcelona, Colegio de Notarios de Cataluña, 2003. Monográficos de LA NOTARIA.
- (12) Después de una campaña cívica promovida por los grupos CC, de Jordi Pujol y otros.
- (13) Que no cesaron en la represión de cualquier disidencia política por medio de la nueva Ley de Orden Público, de 1959,

y hasta con penas de muerte. Basta con recordar que Joan Comorera, antiguo secretario general del PSUC, murió en el penal de Burgos de 1957 y que Julián Grimau, secretario del PCE, fue fusilado en 1963. Las penas de muerte por motivación política se mantuvieron hasta septiembre de 1975. Tampoco cejó en el ahogamiento de la lengua y la cultura catalanas, excluidas de la escuela, de los usos oficiales y de los medios de comunicación —la única revista en catalán tolerada fue Serra d'Or a partir de 1958- y cada vez más ahogadas por una inmigración desbordada. Como muestra del estado de postración en que el franquismo dejó el catalán basta el dato extraído del censo de 1975: en la provincia de Barcelona sólo el 14% de la población decía saberlo escribir.

- (14) LÓPEZ BURNIOL, Joan Josep, *L'impuls polític de la Compilació*. Barcelona, Revista Jurídica de Catalunya, 4-2000, páginas 971-990
- (15) PUIG FERRIOL, Lluís, *Reflexions amb motiu del cinquantenari de la Compilació del Dret civil de Catalunya. 1960-2010*. Barcelona, Generalitat de Catalunya. 2010. Contiene un magnífico resumen del proceso que lleva a la Compilación y de su contenido, así como unas reflexiones sobre el lugar que ocupa en el proceso de formación del Derecho catalán moderno.
- (16) SALVADOR CODERCH, Pablo. *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona. Bosch editorial, 1985. Contiene una visión crítica y una profunda reflexión sobre el proceso compilador y su resultado.
- (17) ROCA SASTRE, Ramon M. *Estudios de Derecho civil especial de Catalunya*. Barcelona, Bosch editorial, 1983. páginas 1-16
- (18) SUAU ROSSELLÓ, Gabriel. *La Compilació a la premsa del seu temps*. Barcelona. Colegio de Notarios de Cataluña. 2010.
- (19) CULLA, Joan B. *Del Pla d'estabilització a la fi del franquisme. ...*página 272.
- (20) CULLA, Joan B. *Del Pla d'estabilització a la fi del franquisme...* página 277.
- (21) Que margina definitivamente figuras tradicionales aún reguladas por la Compilación, como el establecimiento enfiteútico, el censal o la venta a carta de gracia.
- (22) Las dos inspiradas en la práctica notarial y redactadas esencialmente por notarios.
- (23) Que paradójicamente y de forma correlativa universalizan la formalización de las sucesiones y vuelven aún más útil la legítima de la cuarta, *pars valoris*, y la separación de bienes.
- (24) En una conmemoración en la que han participado las principales instituciones

jurídicas del país, y entre otros, la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, el Colegio de Abogados de Barcelona, el Colegio de Notarios de Cataluña, la Sociedad Catalana de Estudios Jurídicos, las universidades y la Revista Jurídica de Cataluña. El Colegio de Notarios, en concreto, ha organizado un ciclo de conferencias a cargo de Miguel Àngel Campo Güerri, Elies Campo Villegas, Mannel Faus Pujol, Jordi Figa López-Palop, Robert Follia Camps y Joan Josep López Burniol.

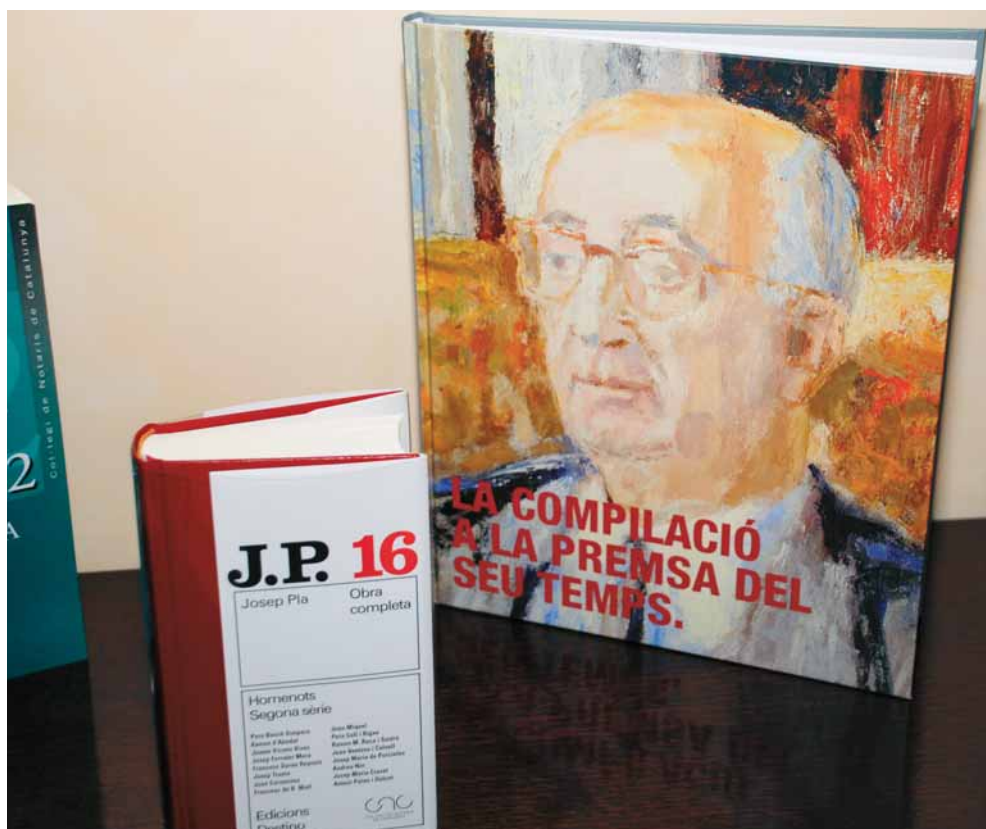
- (25) Evidentemente pugnan en ella la visión de la España tradicional y centralista, de raíz y tradición a cargo de Castilla que se defiende desde Madrid, y la autonomista, que deriva de la antigua confederación catalano-aragonesa y que se impulsa desde Cataluña.
- (26) ROCA TRIAS, Encarna. *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*. Barcelona, Revista Jurídica de Catalunya. 1979. págs. 19 y siguientes; PUIG FERRIOL, Luis i ROCA TRIAS, Encarna. *Fundamentos del Derecho civil de Catalunya*. Tomo I. *Introducción al Derecho civil de Catalunya*. Barcelona. Bosch editorial. 1980; BADOSA COLL, Ferran, *L'àmbit del Dret civil català*. En *Materials de les II Jornades de Dret Català a Tossa...* Barcelona. 1982. ROCA TRIAS, Encarna. *L'estructura de l'Ordenament civil espanyol*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña... Barcelona, Academia... 1982.
- (27) Más otras dos relacionadas con el Derecho agrario promovidas desde el Departamento de Agricultura: la de contratos de integración y la Ley forestal de Cataluña.
- (28) He tratado también el tema en Jou i Mirabent, Lluís. *El Dret català, entre la Compilació i el Codi*. Olot. Miquel Plana editor, 2003. Publicado también en Revista de Catalunya. Barcelona, Revista de Catalunya. Mayo de 2004.
- (29) La práctica totalidad de los registradores de Cataluña, desde el prejuicio de que la Generalitat no tenía competencias para establecer un sistema de cancelación de cargas no previsto por la Ley hipotecaria, siguieron exigiendo el expediente judicial de liberación de cargas para la cancelación de estos censos. Solo en el año 1996, a partir de los Actas resolutorias del Presidente del TSJC de los días 3 de marzo (actas 9, 10 y 11) y 8 de julio (actas 23, 24 y 25) de 1996 y el de 25 de junio de 1999, cambiaron de actitud. A partir de aquel momento han tenido, como colectivo, un papel mucho más atento en la exigencia del cumplimiento de la normativa civil catalana.



- (30) Las leyes de censos y de servidumbres y el Código de Sucesiones y el de Familia optaron por usar la expresión de la Compilación de 1960: no derogaban, sino que sustituían. Aunque técnicamente no pasa de ser un eufemismo porque la derogación es, de hecho, una sustitución, la sustitución se inscribe en la línea de la "iuris continuatio" que comporta, de hecho, una incorporación de la normativa derogada a la "tradición jurídica catalana".
- (31) Hasta la creación del Observatorio de Derecho Privado las comisiones se constituyeron por designación del director general de Derecho y entidades jurídicas. Han participado en ellas juristas como Carmelo Agustín, Ester Arroyo, Ferran Badosa, Enric Brancós, Esteve Bosch, Antoni Cumella, Joan Egea, Josep Ferrer, Carmen Gete, Martín Garrido, Josep D Guàrdia, Lluís Jou, Antoni Mirambell, Josep M. Puig Salellas, Lluís Puig Ferriol, Pere del Pozo, Josep M. Quintana, Jordi Ribot, Francisco Rivero, Encarna Roca, Lluís Roca-Sastre, Pablo Salvador, Miquel Tarragona, Francesc Torrent, Mercedes Tormo, Antoni Vaquer, y otros.
- (32) BASSOLS I PARÉS, Agustí. *Vers la codificació del Dret civil català. La reforma prèvia de 1984*. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència... Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. 1992.
- (33) Por otro lado, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 88/1993, de 12 de marzo, y 156/1993, de 6 de mayo, aceptó la competencia de los parlamentos autónomos para legislar en materia de Derecho civil sobre la base de los puntos de conexión con las compilaciones u otras leyes o costumbres civiles, de manera que la nueva legislación podía ir creciendo progresivamente a partir de las normas, compiladas o no, y después a partir de la base más amplia que podían haberle dado las nuevas normas.
- (34) En cambio, la Disposición transitoria segunda dispone que "las dotes, las tenutas, los 'aixovars' y los 'cabalatges', los esponsalicios o 'escreixos', los tantundem, los pactos de igualdad de bienes y ganancias y demás derechos similares constituidos o que en su caso se constituyan, se rigen por las disposiciones que les son aplicables hasta la fecha de publicación del Código", por lo cual los artículos 26 a 48 y 62, formalmente derogados, continuaban, de hecho, vigentes. La cuestión de la supresión de la regulación de la dote ya había sido un punto de fricción entre los grupos que daban apoyo al Gobierno y el PSC-PSOE y el PSUC en 1984.

- (35) Sin embargo, en 2003 el Gobierno y el PP impugnaron una ley de mucha menos trascendencia política: la ley de la accesión y la ocupación con el mismo argumento de siempre. El Gobierno del PSOE retiró el recurso en 2004. Más allá de las realizaciones concretas conseguidas en el pacto del Majestic, como la policía de tránsito, los puertos de Barcelona y Tarragona, la cesión de un tramo del IVA, y otros derivados, lo cierto es que, como reconocía el presidente Pujol, eran sobre todo "el intento de ver si la derecha española era capaz de encontrar un encaje para Cataluña", un intento que fracasó.
- (36) Decreto 13/2000, de 10 de enero, que fue desplegado por el Decreto 190/2000, de 29 de mayo, y reestructurado por el Decreto 266/2004, de 27 de abril, de regulación de los órganos del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña.
- (37) En cierta medida el Observatorio recuperaba la tradición de la Generalitat republicana de encomendar la redacción del anteproyecto de leyes civiles de manera institucionalizada. En los años treinta, los anteproyectos surgieron de la Comisión Jurídica Asesora. Recientemente han sido publicados por la propia Comisión.

- (38) Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña. 31 de julio de 2003. También, con justificaciones, *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya "Els drets reals"*. Barcelona, Departamento de Justicia e Interior, junio de 2003.
- (39) Existen trabajos concretos sobre este libro. Unos elaborados por la sección de Derecho patrimonial del Observatorio entre el verano de 2003 y la primavera de 2004, y otros presentados al pleno de la Comisión de Codificación en diciembre de 2010.
- (40) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo*. En Derecho privado y Constitución. número 14, 2000, págs. 63-128; MARTIN CASALS, Miquel. *El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del Dret privat europeu*. Barcelona. Revista Jurídica de Catalunya 2002, págs. 633 i sig.; y ROCA TRIAS, Encarna, *Codificació catalana i codificació europea. El Codi civil com a instrument de política jurídica. A El Dret civil català en el context europeu*. Materiales de las Duodécimas Jornadas de Derecho Catalán en Tossa. Girona. Documenta universitària 2003.



Libro conmemorativo del 50 aniversario de la Compilación, con Ramon M. Roca Sastre, uno de sus principales artífices, en portada.

Una aproximación a la historia de la Compilación del Derecho civil de Cataluña: 1938-1960⁽¹⁾

El objeto del presente trabajo consiste en reflexionar sobre la historia de la Compilación a la vez que se intenta dar una respuesta aproximada a las preguntas de por qué el régimen de Franco aceptó la aprobación de la Compilación y de cómo se llegó a aprobar.

MIQUEL MIRALLES BELLMUNT
*Dirección General de Derecho
y Entidades Jurídicas*

en el Código Civil general y único, como excepciones indispensables. Para conseguir este objetivo, se nombró a juristas de reconocido prestigio con el encargo de elaborar unas memorias y unos textos articulados. En cuanto a Cataluña, Duran i Bas redactó la *Memòria* de 28 de diciembre de 1881,

considerada una obra excelente, si bien el texto articulado carecía del mismo nivel.

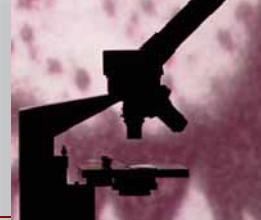
La Ley de bases de 11 de mayo de 1888 para la publicación del CCesp disponía la elaboración de los distintos apéndices, es decir, de unos textos añadidos con carácter

INTRODUCCIÓN

El proceso que conllevó la aprobación de la Compilación se enmarca históricamente en la elaboración de la codificación civil y el conflicto sobre la coexistencia de una pluralidad de Derechos civiles dentro del territorio español, que se debatió durante todo el siglo XIX. Los distintos proyectos de Código Civil español (en lo sucesivo, CCesp), fracasaron porque únicamente se pretendía codificar el Derecho castellano pese a la oposición de juristas de otros territorios (1821, 1836 y 1851).

Para poder llegar a una solución, se acordó, mediante el Decreto de 2 de febrero de 1880 de Álvarez Bugallal, la introducción de los Derechos territoriales propios





accesorio o subsidiario que contendrían las instituciones del Derecho civil propio de distintos territorios que se considerasen dignas de ser conservadas.

El CCEsp, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, permitía la subsistencia de los erróneamente denominados Derechos forales, aunque de manera resringida.

Duran i Bas, como Ministro de Gracia y Justicia, reorganizó la Comisión General de Codificación y creó comisiones especiales para la redacción de los apéndices del CCEsp (decretos de 17 de abril de 1899 y de 24 de abril de 1899). En Cataluña, inicialmente no se aprobó ninguno debido al recelo de que se produjera una mengua en el Derecho civil catalán, sin perjuicio de que se redactasen anteproyectos particulares.

Tras un periodo de estancamiento, se elaboró el Anteproyecto de apéndice al CCEsp de 1930, que se considera una adaptación apresurada de la *Memòria* de Duran i Bas. Además, no tuvo en cuenta los cambios sociales producidos durante el medio siglo que separa a ambas, ni la evolución propia de la doctrina jurídica catalana.

La Constitución de 1931 preveía una estructura plurilegislativa, puesto que la distribución de competencias se realizaba por materias, algo que hizo inviable el Anteproyecto de apéndice de 1930. El Parlamento de Cataluña optó por la vía de las leyes especiales, con el objetivo de elaborar un Código Civil catalán.

El proceso que conllevó la aprobación de la Compilación se enmarca históricamente en la elaboración de la codificación civil y el conflicto sobre la coexistencia de una pluralidad de Derechos civiles dentro del territorio español

El objeto del presente trabajo consiste en reflexionar sobre la historia de la Compilación durante la última fase, que a efectos expositivos situamos entre 1938 y 1960.

En concreto, intentamos dar una respuesta aproximada a las preguntas de por

qué el régimen de Franco aceptó la aprobación de la Compilación⁽²⁾ y de cómo llegó a aprobarse.

El motivo por el que hemos elegido 1938 como punto de partida de este estudio es que ese mismo año el régimen de Franco llevó a cabo actuaciones represivas contra el Derecho civil de Cataluña, que serían contradictorias con las actuaciones posteriores que culminaron con la aprobación de la Compilación.

En general, los estudios que se han hecho hasta ahora basan su análisis en el punto de vista de la historia del Derecho, en expresión de Salvador Coderch⁽³⁾. Sin perjuicio de seguir esta línea, formulada y empleada por eminentes juristas, partimos de la base de que la Compilación es una ley y, por lo tanto, una actuación de política legislativa, en la que intervinieron juristas y también políticos.

También intentaremos adentrarnos, en la medida de nuestras posibilidades, en el ámbito de la “pequeña historia de la Compilación”, en expresión de Roca Sastre⁽⁴⁾.

Así pues, en lo que respecta a la metodología, se ha hablado de una metodología del sentimiento, en el sentido de tener en cuenta la realidad de la vida y, por otro lado, la del análisis⁽⁵⁻⁶⁾.

Entendemos que ambas metodologías son necesarias, y aún más cuando nuestra pretensión es aproximarnos a un tema por el que se luchó tenazmente, y no fue regalado sin más. En este proceso, el sentimiento de afecto hacia el Derecho civil de Cataluña por parte de muchas generaciones de juristas desde el siglo XIX, desempeñó un papel fundamental para que la lucha diera resultados. Opinamos que este sentimiento de afecto suele estar por encima de determinadas ideologías políticas o, como mínimo, no siempre está vinculado de manera correlativa.

Partiendo de este planteamiento, en ningún momento pretendemos menospreciar el papel de los juristas que elaboraron materialmente la Compilación, que se suele centrar en la figura de Roca Sastre⁽⁷⁾. Seguramente, junto con Martín Miralles, fueron los civilistas más eminentes entre los que vivieron y trabajaron en Cataluña durante el siglo XX.

Otro eminente compilador, Faus Esteve⁽⁸⁾, manifestó:

No he de hacer la apología de Roca Sastre, cuyos méritos extraordinarios le han merecido, entre otros galardones, la Gran Cruz de la Orden de Alfonso X el Sabio. Pero sí he de afirmar, y con ello no descubro ningún secreto, que la Compilación es en su 80 por ciento obra de Roca Sastre. No sólo fue Ponente del Derecho sucesorio, que es el nervio y la base de la Compilación, sino que en todas las demás materias, sus atinadas observaciones siempre se tuvieron en cuenta. Ha sido por lo tanto el Ponente del núcleo de la Compilación y el supervisor de toda ella.

Entendemos que, pese a que el papel de Roca Sastre fue sin duda muy importante, también concurrieron otras personas y unas circunstancias políticas muy concretas que no pueden dejarse de tener en cuenta.

1. LAS ACTUACIONES REPRESIVAS CONTRA EL DERECHO CIVIL CATALÁN DEL AÑO 1938

El régimen de Franco, a través de actuaciones normativas llevadas a cabo desde la ocupación de Lérida, restableció en toda su integridad el Derecho que existía cuando se promulgó el Estatuto de autonomía de 1932, lo que provocó que se dijera que nuestro Derecho había resultado herido de muerte⁽⁹⁾. Así, la *Ley de la Jefatura del Estado* de 5 de abril de 1938 declaró derogado el Estatuto con efectos retroactivos al 17 de julio de 1936. Además, no pudo aplicarse la obra legislativa del Parlamento de Cataluña y la jurisprudencia del Tribunal de Casación, en virtud de la *Ley de la Jefatura del Estado* de 8 de septiembre de 1938, que restableció en su integridad el Derecho que existía antes de promulgarse el Estatuto⁽¹⁰⁾.

Algunos juristas catalanes pidieron que se aplicase el principio de irretroactividad legislativa y la política de hechos consumados y Derechos adquiridos, por razones de seguridad jurídica. Dicha iniciativa no tuvo éxito y siguieron aplicándose las normas anteriores sin consideración alguna por los problemas que se originaban⁽¹¹⁾. Así, Puig Ferriol y Roca Trias⁽¹²⁾ han sostenido que el Derecho catalán se encontraba en una



situación aún más precaria que la existente antes de la Constitución de 1931, ya que a la inseguridad y la dificultad de determinar el Derecho aplicable se le añadía una tendencia centralizante mucho más acusada que la que se derivó del Derecho de Nueva Planta de 16 de enero de 1716⁽¹³⁾. En ambos casos, se produjo la privación de las fuentes de producción del Derecho civil catalán y la prohibición del uso del catalán. De ahí que se haya hablado de una segunda edición del Decreto de Nueva Planta.

Todo ello comportó que el Derecho catalán fuera subsistiendo a duras penas, aunque cada vez era menos conocido y se aplicaba menos en los tribunales⁽¹⁴⁾.

2. SOBRE POR QUÉ EL RÉGIMEN DE FRANCO PERMITIÓ LA APROBACIÓN DE LA COMPILACIÓN

Se ha afirmado que Franco fue uno de los gobernantes con más poder a lo largo de la historia de España⁽¹⁵⁾. Entre dichos poderes, tenía el legislativo⁽¹⁶⁾, por lo que, al menos teóricamente, no le habría costado mucho modificar el CCesp, que reconocía la subsistencia de los Derechos civiles propios *por ahora*⁽¹⁷⁾. Ahora bien, observado desde el punto de vista político, probablemente la medida no era tan sencilla, puesto que también habría afectado a Navarra y a Vizcaya y Álava, en general, defensoras a ultranza de sus fueros y, por tanto, la supresión habría podido ser contraproducente.

En relación con su pensamiento político, de Franco se ha opinado que era pragmático⁽¹⁸⁾ o que hubo *diferentes Francos*, en el sentido de que se sabía adaptar muy bien a las circunstancias⁽¹⁹⁾. No obstante, creía en una serie de principios básicos⁽²⁰⁾, entre los cuales, y con respecto a lo que ahora nos ocupa, cabe subrayar que, además de ser un nacionalista español⁽²¹⁾, era un tradicionalista español⁽²²⁾ y un antiliberal furibundo⁽²³⁾.

También se ha dicho que el Consejo de Ministros fue el auténtico instrumento de gobierno⁽²⁴⁾ y que los ministros tenían un margen de actuación bastante amplio⁽²⁵⁾.

Partiendo de estas premisas, podemos entender que las compilaciones se permitieron porque se deseaba elaborar un Código Civil genuinamente español del

que formarían parte los Derechos civiles territoriales, concebidos como tradiciones jurídicas históricas hispánicas⁽²⁶⁾.

Para conseguirlo, el Ministro de Justicia Aunós Pérez⁽²⁷⁾ autorizó, por Orden de 3 de agosto de 1944, la convocatoria del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946⁽²⁸⁾. La finalidad era que:

[...] con la previa preparación y estudio del tema, confrontasen y examinasen puntos de vista, coincidencias y discrepancias en orden a la coexistencia en nuestra patria de diversas legislaciones civiles, estudiando una propuesta en la que se formule la resolución de los problemas que esta situación plantea y convencido este Ministerio de Justicia de la trascendental finalidad que se persigue con esta proposición y su oportunidad en estos momentos en que los *esfuerzos nacionales tienden a buscar de nuevo en el hondo de la tradición jurídica española, los principios de justicia cristiana que en los siglos de nuestra grandeza informaron nuestras instituciones*.

3. EL CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL DE ZARAGOZA DE 1946

A) La preparación del Congreso

Se trata de un Congreso muy importante, esencial para la subsistencia y el posterior desarrollo de los Derechos civiles territoriales. Lo promovió el Consejo de Estudios de Derecho aragonés bajo los auspicios del Ministro de Gobernación Pérez González, catedrático de Derecho civil⁽²⁹⁻³⁰⁾.

En cuanto al motivo de la celebración del Congreso, se ha afirmado que el mérito inicial y el del desarrollo de la iniciativa corresponde a los miembros del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés⁽³¹⁾, quienes estaban descontentos por la aplicación del Apéndice de Aragón en el CCesp vigente desde 1925, el único que se llegó a aprobar y había resultado notoriamente insuficiente⁽³²⁾.

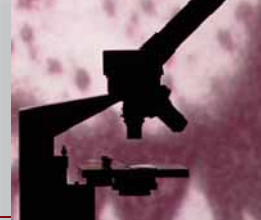
En esta línea dirían, en el *Anuario de Derecho Aragonés* de 1944⁽³³⁾:

El Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, consciente de que su deber no se encierra en los estrechos límites de la investigación histórica y de la exégesis del ordenamiento vigente, sino que ha de extenderse a laborar en pro de su mejoramiento y progreso [...] y pensando que no hay en el momento presente, ningún problema que afecte a los Derechos forales más acuciante que el de su propio ser y mantenimiento, ha propuesto a los Poderes públicos la celebración de una Asamblea de juristas españoles, que habrá de reunirse en Zaragoza para el estudio de tan palpitante cuestión.

El Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 fue muy importante, esencial para la subsistencia y el posterior desarrollo de los Derechos civiles territoriales

Ahora bien, la cuestión del mantenimiento de los Derechos territoriales propios pretendían resolverla en el marco del problema de la unificación del Derecho privado español. Así, en la misma publicación sostenían⁽³⁴⁾: En la presentación editorial del libro que recogía los trabajos de la primera semana de Derecho Aragonés (Jaca, 1942) se decía:

En la hora presente, llena de anhelos de grandeza y unidad, cuando renacen los grandes valores tradicionales de la Patria, *el problema de la unificación del Derecho privado español ha de ser encauzado por el camino recto: el estudio de los antiguos Derechos hispánicos y de la vida actual para penetrar en la conciencia jurídica del pueblo español y recogerla en un Derecho nacional moderno fuertemente arraigado en la tradición*. Estudios de Derecho Aragonés se propone colaborar en la magna obra trabajando intensamente en esta dirección [...]. Y así, cuando se plantee en la política española el problema de la unificación del Derecho Civil, cuando se halle preparado el crisol que ha de fundir el Código nacional, nuestros trabajos ofrecerán al legislador el oro purísimo de las viejas y gloriosas tradiciones jurídicas del



antiguo Reino de Aragón cofundador de la España única y grande.

En este contexto, Martín-Ballester Costea publicó el artículo "Aragón ante la unificación del Derecho Privado."⁽³⁵⁾

Tras defender de forma bien argumentada el Derecho civil aragonés, afirmó, en la misma línea de lo que se había dicho en Jaca en 1942:

Aragón comprende, por medio de sus Estudios, que en el proceso de codificación español asistimos al comienzo de un nuevo y trascendental capítulo. Su limpia ejecutoria le ha impuesto el deber de que éste sea el definitivo y que en él se logre en estrecho abrazo la tan deseada unidad legislativa en España. *Tratando de que se llegue a un Código Civil general, que, si se asienta y toma por base los diferentes Derechos hispánicos no despreciados, ha de estimar y hacer suyo como uno de sus más destacados valores los principios del tradicional Derecho de Aragón y las instituciones y particularidades más arraigadas y más justas de nuestra tierra.*

Criticó la influencia francesa en el CCesp:

Es significativo que sea en la Carta otorgada en Bayona en donde se inicie el movimiento codificador español al decir que: *Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales.* Desde entonces y pasando por la declaración formal de la Constitución gaditana, el proyecto de 1821, de ideas revolucionarias, y sobre todo por el de 1851, que tanto inspiró al vigente, una legión de políticos y juristas prepara la sustitución de nuestros viejos Derechos hispánicos por uno acorde con las ideas de la Revolución y la Enciclopedia. Al igual que nuestras ideas políticas, instituciones de Derecho público y hasta ciencias y arte, la propiedad, las relaciones patrimoniales, la vida misma de la familia española se prepara para ser amoldada al gusto francés.⁽³⁶⁾

Sostuvo que el camino para llegar a una solución armónica e, incluso, para acabar para siempre con las diferencias legislativas existentes en las distintas regiones de España:

Es el camino que circundando nuestras fronteras no sale de nuestra Patria, que reivindica los valores tradicionales de nuestros pensadores y juristas. [...]

Recordemos el breve destello de acierto que supuso la dirección imprimida por Álvarez Bugallal en 1880, de llegar a la unidad legislativa tomando de los diferentes Derechos hispánicos lo que a todos pareciera conveniente; recordémoslo, porque a ese camino habremos de volver.

Concluyó con el anuncio de que:

El Consejo de Estudios del Derecho Aragonés se propone ahora brindar la idea de una reunión de juristas españoles para examinar este problema.

Una reunión nacional en este Aragón, de todo equidistante, y acerca de este problema tan enrarecido, de la cuestión foral, puede dar la solución, nunca debidamente intentada. En esta reunión pueden y deben hacerse oír las diferentes voces de los siempre interesados en un problema que nunca puede ser particular ni egoísta.

El Congreso de Zaragoza, nacido con el fin de estudiar el problema de la coexistencia en España de distintos Derechos civiles y las posibles soluciones en el marco de un sistema de Derecho civil español general, funcionó prácticamente como un auténtico Parlamento

El Congreso se organizó en secciones territoriales: *Derecho Común*, Aragón, Vizcaya y Álava, Cataluña, Islas Baleares y Navarra⁽³⁷⁾, y no se limitó la participación. La preparación fue muy minuciosa. Así pues, se elaboró un Reglamento de funcionamiento, se enviaron encuestas sobre Derechos territoriales, se constituyeron delegaciones y se permitió presentar comunicaciones y enmiendas a las conclusiones provisionales de la Comisión de la Ponencia Oficial⁽³⁸⁾.

En cuanto a Cataluña⁽³⁹⁾, surgieron dos tendencias principales⁽⁴⁰⁾: la que encabezó Duran i Ventosa, partidario del Apéndice

de 1930 y, en definitiva, de la *Memòria* de Duran i Bas, y otra más ambiciosa, que ya entonces propugnaba que si lo que querían era un Código común, hacía falta que incluyese unas normas generales, basadas en el Derecho romano, para que sirviera de supletorio, y que se elaborasen códigos para las personas de los territorios con Derecho civil propio. La idea es de Roca Sastre y el borrador de la comunicación fue redactado por Serrahima Bofill y Olivar Daydí^{(41) (42)}.

B) La celebración del Congreso

Tuvo lugar entre los días 3 y 9 de octubre de 1946⁽⁴³⁾, con el fin, teóricamente, de estudiar el problema de la coexistencia en España de distintos Derechos civiles y las posibles soluciones en el marco de un sistema de Derecho civil español general⁽⁴⁴⁾. Ahora bien, actuaron a favor del Congreso de Zaragoza quienes, más de acuerdo con las tendencias del momento, solo buscaban un avivamiento efímero de los Derechos territoriales, para pasar a la elaboración de un nuevo Código único español⁽⁴⁵⁻⁴⁶⁾.

El Congreso fue inaugurado por Esteban Bilbao, presidente de las Cortes, carlista. Según Serrahima Bofill⁽⁴⁷⁾:

[...] ha elogiado los derechos forales, ha hablado de unidad pero no uniformismo e incluso ha mencionado las lenguas vernáculas, pero al final, claro está, ha dicho que todo debe ir unificándose, para llegar a un texto *nacional* que excluya *las ideas forasteras*; quería decir, supongo el Código de Napoleón, etc. Sin querer, ha conseguido que muchos de los que han venido más o menos asustados ahora se atrevan a defender nuestro Derecho.

De hecho, el Congreso funcionó prácticamente como un auténtico Parlamento⁽⁴⁸⁾.

El mérito de la Sección de Derecho Catalán, integrada por personas de tendencias muy diferentes y casi opuestas⁽⁴⁹⁾ y, en especial, de Olivar Daydí y Serrahima Bofill, quien formuló el eslogan *sólo admitiremos una unidad de encuadernación*⁽⁵⁰⁾, fue el de darle la vuelta a las conclusiones provisionales más importantes, la tercera y la cuarta⁽⁵¹⁾, que pretendían que los Derechos territoriales se intercalasen en el Código



Civil general en secciones o artículos. Para conseguirlo, adoptaron una actitud prudente, pero también enérgica cuando hizo falta. Asimismo, fue importante la unión de los juristas catalanes principalmente con los navarros y baleares, algunos aragoneses y los vascos. El resultado fue que, tras situaciones de tensión, el franquismo desistió de su propósito inicial y acabó permitiendo las compilaciones.

En opinión de Serrahima Bofill⁽⁵²⁾, fue el Ministro de Gobernación, Pérez González, quien dio el visto bueno:

En un momento oportuno, le he dicho [a Luis Martín-Ballester Costea] que conozco a Blas Pérez de cuando pasaba por el despacho, antes de la guerra, y le he preguntado si lo veríamos en el acto de clausura. Él, incauto, me ha contestado: *El sábado por la noche hablé con él por teléfono y me dijo que no, porque la asistencia al acto corresponde al Ministro de Justicia*. Con eso me ha bastado. Ahora estoy seguro de que el sábado por la noche hablaron por teléfono y que de esa conversación provienen las nuevas instrucciones y el cambio de actitud.

La primera conclusión⁽⁵³⁾, fruto de la refundición entre las conclusiones provisionales tercera y cuarta con las enmiendas presentadas⁽⁵⁴⁾, proponía la elaboración de un Código Civil general en dos etapas⁽⁵⁵⁾:

- a) En la primera, se procedería a la compilación de las instituciones denominadas forales, teniendo en cuenta no sólo el Derecho realmente vigente en cada territorio, sino también la recuperación de aquellas que no habían decaído por falta de uso, así como las necesidades del momento. También acordó que los anteproyectos correspondientes podrían tomar como base los proyectos de apéndices.
- b) Una vez publicadas las compilaciones y tras un período de estudio y divulgación, se determinaría la fórmula más indicada de recoger en el futuro Código general de Derecho civil español las instituciones compiladas⁽⁵⁶⁾.

Como ha indicado Badosa Coll⁽⁵⁷⁾, el punto de partida era nuevo, puesto que los denominados Derechos forales ya no

se consideraban instituciones aisladas, sino auténticos ordenamientos civiles que coexistían con el CCesp, aunque no respondiesen a las necesidades sociales del momento. De ahí el cambio de los apéndices por las compilaciones, que ponían de manifiesto una nueva relación con el CCesp. Ahora bien, se consideraban como la primera etapa para alcanzar un Código Civil general para España, en el que también se refundiría el CCesp. Por lo tanto, subsistía la provisionalidad creada por el artículo 12.2 de dicho cuerpo legal.

El mérito de la Sección de Derecho Catalán, integrada por personas de tendencias muy diversas y casi opuestas, fue la de darles la vuelta a las conclusiones provisionales más importantes —la tercera y la cuarta—, que pretendían que los Derechos territoriales se intercalasen en el Código Civil general en secciones o artículos

El Congreso fue clausurado por Fernández-Cuesta, Ministro de Justicia. Del discurso pronunciado, Camps y Arboix⁽⁵⁸⁾ citó el siguiente párrafo:

Si quisiéramos traducir en una sola idea toda la doctrina del Movimiento, esa idea sería la unidad, pero no una unidad absorbente y tiránica, sino orgánica, en la que se respeta la personalidad histórica y social de cada uno de sus componentes que en vez de perturbarla, contribuyen a mantenerla y afianzarla. Es pues, nuestra unidad en la variedad, en la universalidad, y por ser así, es una unidad más auténtica, más permanente, más duradera. Por eso incurrir en grave error los que para defender la unidad de España empiezan por negar lo característico y esencial de las diversas regiones, sus cantos, sus costumbres, sus lenguas, sus diferencias étnicas, la especialidad de sus instituciones jurídicas; y como existen y no se pueden negar todos estos hechos, somos los primeros en reconocerlos, porque, fundándose en ellos el concepto de España, no afectan para nada la existencia de la unidad española⁽⁵⁹⁾.

Lacruz Berdejo⁽⁶⁰⁾ destacó de los discursos de apertura y de clausura del Congreso la idea de que: "al preterirse los Derechos forales en la redacción del Código Civil se había dado de lado a un elemento que representaba la mejor tradición jurídica española."

En opinión muy ponderada de Camps y Arboix⁽⁶¹⁾:

El primer Congreso Nacional de Derecho Civil es un feliz acontecimiento, sin precedentes en la historia del Derecho español, en el doble aspecto de acusar la vitalidad inmarcesible de los derechos especiales y demostrar que era factible una fórmula general de compromiso y armonía entre sus factores. Lección ésta de alta política, en oposición a tantas intransigencias de los radicalismos de diverso signo y a la falta de ponderación que, con demasiada frecuencia, ha malogrado los destinos del país entero.

4. DESPUÉS DEL CONGRESO

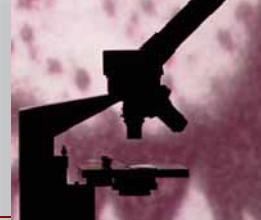
Una vez pasado el Congreso, se produjeron distintas reuniones en Cataluña para tratar de la creación de una Comisión redactora de la Compilación, que no tuvo éxito, y desde fuera del territorio, actuaciones para alterar lo acordado en el Congreso de Zaragoza sobre ese punto, que constan en distintas cartas que recibió Serrahima Bofill⁽⁶²⁾, que sí fructificaron y se recogieron principalmente en el Decreto de 23 de mayo de 1947.

A) El Decreto de 23 de mayo de 1947

El Decreto de 23 de mayo de 1947⁽⁶³⁾ y varias órdenes del Ministerio de Justicia articularon los instrumentos legales para la elaboración de las compilaciones.

En la exposición de motivos del Decreto de 1947 se decía:

La coexistencia en España de distintos ordenamientos civiles, reveladores en su misma variedad de la riqueza de nuestra *tradición jurídica*, ha planteado al legislador, desde la época, ya remota, de la Codificación, un problema no resuelto satisfactoriamente, no obstante lo preceptuado en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, y a pesar de que su



solución justa y armónica debe ser preferente tarea para un Estado que tenga plena conciencia de la unidad de sus destinos y de la altura y trascendencia de los fines que está llamado a cumplir. [...]

Recogiendo el Gobierno estas conclusiones [las del Congreso de Zaragoza] en lo que tienen de esencial, para dar muestra una vez más de su sensibilidad ante las realidades nacionales, inicia por el presente Decreto la preparación de un Código general, *mediante un proceso de elaboración, cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales, lo que dará lugar a la comunicación de los distintos derechos hispánicos, en busca de aquellos principios comunes en los que se asentó el espíritu cristiano y nacional de nuestra unidad, nuestra libertad y nuestra grandeza.*

Como cuestión teórica se ha subrayado⁽⁶⁴⁾ la ilegalidad de todo el sistema diseñado por este decreto, ya que modificó el art. 6 de la Ley de bases del CCesp de 11 de mayo de 1888 en cuanto a la redacción de apéndices, cuando en virtud del principio de jerarquía normativa no lo podía hacer.

Ahora bien, también se ha considerado que los compiladores entendieron que el Decreto de 23 de mayo de 1947 se dictó en desarrollo de la Ley de bases de 1888⁽⁶⁵⁾.

La Comisión de Juristas trabajó para defender el Anteproyecto de apéndice de 1930 y el Anteproyecto de Compilación de 1955, según las dos grandes tendencias que, formadas desde la preparación del Congreso de Zaragoza de 1946, se mantendrían hasta el año 1954

En cualquier caso, como han sostenido Puig Ferriol y Roca Trias⁽⁶⁶⁾ a partir del Decreto de 1947 se establece un sistema diferente. Así, cuando se promulgan, en cumplimiento de las normas de este Decreto, las distintas compilaciones a través de las leyes correspondientes, la vigencia de cada uno de los Derechos territoriales ya no deriva del reconocimiento que de él hacía el art. 12 CCesp en su redacción original,

sino de las propias leyes reguladoras de las respectivas compilaciones. A partir de aquí no se puede hablar de excepcionalidad de los Derechos territoriales, ni se les puede considerar como Derechos privilegiados, sino que hay que entender que todos los Derechos civiles españoles se sitúan en un nivel de igualdad absoluta.

El Decreto de 23 de mayo de 1947, como ha indicado Salvador Coderch⁽⁶⁷⁾, introdujo dos modificaciones a las conclusiones del Congreso de Zaragoza que vinculaban parcialmente la nueva etapa a la tradición de los apéndices:

1. Que los anteproyectos de Compilación debían adaptarse a la sistemática del CCesp y evitar coincidencias y repeticiones (art. 3 *in fine*). De este modo, se pasó de la idea de una compilación del Derecho civil histórico y vigente que recogiera y adaptara todas las instituciones propias, adecuadas a las necesidades del momento, a una concepción restringida de la compilación, ya que debía hacerse en función del CCesp, en tanto que sólo podía recoger instituciones diferenciadas y con el fin de redactar posteriormente un futuro código general de Derecho civil de España.
2. Que para elaborar la Compilación el Ministerio de Justicia nombraría comisiones de juristas cuyas funciones quedarían reducidas a la redacción de los anteproyectos correspondientes (art. 1 *in fine*).

Las órdenes del Ministerio de Justicia de 24 de junio de 1947⁽⁶⁸⁾ y de 23 de julio de 1947⁽⁶⁹⁾ concretaron el número y la composición de las comisiones de juristas. Se preveía que fueran presididas por los presidentes de las audiencias territoriales y que formarían parte de ellas juristas designados por el Ministerio de Justicia, en representación de los colegios de abogados, de notarios, de las facultades de Derecho, magistrados, fiscales, registradores y representantes de las diputaciones provinciales.⁽⁷⁰⁾

Ante esta situación, se celebraron varias reuniones de juristas catalanes⁽⁷¹⁾.

Además, en el monasterio de Montserrat, el 29 de septiembre de 1947, se reunieron diversos juristas que habían participa-

do en el Congreso de Zaragoza, a instancias de juristas navarros. De Cataluña asistieron, con carácter personal, Pere Arderiu Pallesols, Ramon Coll i Rodés, Jordi Oliver Daydí y Maurici Serrahima Bofill. La reunión pretendía preparar una carta dirigida al Ministro de Justicia que pusiese de manifiesto el propósito de excluir la intervención de la Comisión General de Codificación y de cualquier otro órgano ajeno al territorio correspondiente, evitar la sujeción a la sistemática del CCesp y pedir que las comisiones de juristas fueran designadas, por delegación del Ministro de Justicia, por los distintos territorios. No hemos podido averiguar si la carta se remitió al Ministro de Justicia⁽⁷²⁾.

B) La Comisión de Juristas catalanes

La designación se concretó mediante la Orden del Ministerio de Justicia de 10 de febrero de 1948⁽⁷³⁾. Entre los nombramientos inicialmente cabe destacar a Antoni M. Borrell i Soler, Ramon Coll i Rodés, Francesc Condomines Valls, Lluís Duran i Ventosa, Ramos Faus Esteve, Jaume M. Mans Puigarnau, Joan Martí Miralles, Francesc de Paula Maspons i Anglès, Josep M. de Porcioles Colomer y Maurici Serrahima Bofill⁽⁷⁴⁾.

Más tarde, se incorporaron a la comisión otros juristas, entre los que cabe destacar a Ramon M. Roca Sastre y Josep M. Pou d'Avilés⁽⁷⁵⁾.

Se ha señalado que estos nombramientos: "se hicieron con una destacable ecuanimidad porque notoriamente convino que algún elemento catalán, de cariz catalanista, también tuviese cabida."⁽⁷⁶⁾ y que: "a pesar de cierto confusio nismo en la elección, figuraron, enseguida o en posteriores nombramientos, casi todos los nombres que tenían que estar."⁽⁷⁷⁾ En cambio, también hubo quien opinaba que la gente que formaba la Comisión no era la que tenía que estar allí⁽⁷⁸⁾.

La Orden de 10 de febrero de 1948 (art. 8) introdujo la duración de la vigencia de las Compilaciones, al disponer que regirían durante el plazo que se estableciese y que, una vez que hubiese transcurrido dicho plazo, podrían incorporarse al Código general de Derecho civil español. Esta norma constituía una novedad que no tenía antecedentes ni en las Conclusiones del



Congreso de Zaragoza de 1946 ni en las disposiciones que se habían promulgado sobre esta materia con anterioridad⁽⁷⁹⁾.

También se preveía que el trabajo de la Comisión habría de quedar listo en el plazo de seis meses, que sería prorrogado posteriormente⁽⁸⁰⁾.

5. LOS TRABAJOS DE ELABORACIÓN DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

En la sesión constitutiva de la Comisión de Juristas, celebrada en el Palau de Justícia de Barcelona el 8 de marzo de 1948⁽⁸¹⁾, se adoptaron los siguientes acuerdos:

1. Tomar como base de estudio el Anteproyecto de apéndice de Derecho civil catalán del CCesp de 11 de noviembre de 1930.
2. Tener en cuenta la vigencia y la aplicabilidad de las instituciones históricas en relación con las necesidades y exigencias del momento.
3. Ajustarse, en general, a la sistemática del CCesp, procurando evitar coincidencias y repeticiones.
4. Excluir las normas para resolver los conflictos interregionales e interprovinciales⁽⁸²⁻⁸³⁾.

Salvador Coderch⁽⁸⁴⁾ ha sostenido que la elaboración del Anteproyecto de Compilación tuvo dos fases: en la primera se trabajó con el Anteproyecto de apéndice de 1930; durante la segunda se cambió de orientación y se elaboró el Anteproyecto de Compilación de 1955.

De hecho, la Comisión de Juristas trabajó para defender sendos textos, según las dos grandes tendencias que, formadas desde la preparación del Congreso de Zaragoza de 1946, se mantendrían hasta el año 1954⁽⁸⁵⁾.

La ruptura metodológica es fruto de un proceso gradual. Incidió en ella:

- a) la incorporación de Roca Sastre a la Comisión de Juristas.
- b) la propuesta que hizo Castelló Madrid, presidente de la Audiencia Territorial

de Barcelona, el 12 de marzo de 1954, de nombramiento de los juristas que formaron la Comisión Delegada, y

- c) la pérdida de influencia de la tendencia liderada por Duran i Ventosa⁽⁸⁶⁾, que murió el 18 de diciembre de 1954⁽⁸⁷⁾.

A) Primera fase: 8 de marzo de 1948 - 12 de noviembre de 1953

Una vez constituida, la Comisión se subdividió en seis secciones⁽⁸⁸⁾ para poder redactar las ponencias sobre las distintas partes del Anteproyecto.

Sobre las actuaciones de esta fase se ha dicho que⁽⁸⁹⁾, pese a que las secciones empezaron la tarea con entusiasmo y asiduidad, el trabajo se tornaba muy complicado por el número excesivo de personas que las componían, y era necesario que las deliberaciones de los plenos trataran y acordasen propuestas concretas.

No obstante, también se ha indicado que⁽⁹⁰⁾, una vez designados los miembros de la Comisión, se inició el trabajo; pero, vista la calma con la que se llevaba a cabo (debida al hecho de que algunos de los designados, ante el temor de que el futuro anteproyecto fuera mutilado por la Comisión General de Codificación, no querían comprometerlo todo), surgió un grupo, encabezado por Duran i Ventosa (con Mans, Pou d'Avilès, Bonet, etc.), que elaboró el trabajo más relevante de esta primera etapa, el Anteproyecto que se presentó al Pleno de la Comisión de Juristas el 12 de diciembre de 1952⁽⁹¹⁾.

En cuanto al contenido, fue la tercera y última revisión de la *Memòria* de Duran i Bas y también el último intento de convertir en ley el Anteproyecto de Apéndice de 1930⁽⁹²⁾.

El texto incluía una exposición de motivos y 454 artículos, de los que 372 eran del Anteproyecto de 1930, con idéntica o diferente numeración, y 82 eran nuevos⁽⁹³⁾.

B) Segunda fase: 12 de noviembre de 1953 - 14 de octubre de 1955

El temor de que el Anteproyecto de 1952 fuese adelante agitó a aquellos que hasta entonces se habían demostrado par-

tidarios de la calma. Se convocó el Pleno de la Comisión⁽⁹⁴⁾, que decidió, el 12 de noviembre de 1953, revisar el texto. Parece ser que nombraron una Subcomisión encargada de recoger las enmiendas presentadas al Anteproyecto y formular observaciones para redactar el anteproyecto definitivo⁽⁹⁵⁾.

En la sesión del Pleno de la Comisión de Juristas de 15 de febrero de 1954, Condomines Valls explicó el cometido de la Subcomisión⁽⁹⁶⁾. Las ponencias se repartieron de la siguiente forma: Faus Esteve, personas y régimen económico familiar; Porcioles, Derechos reales; Roca Sastre y Maluquer Rosés, sucesiones; y Condomines Valls, obligaciones y contratos⁽⁹⁷⁾.

Pese a que las secciones de la Comisión de Juristas comenzaron la tarea con entusiasmo y asiduidad, el trabajo se tornaba muy complicado por el número excesivo de personas que las componían, y era necesario que las deliberaciones de los plenos trataran y acordasen propuestas concretas

La tensión continuó en la sesión del Pleno de 12 de marzo de 1954⁽⁹⁸⁾. El sector liderado por Duran i Ventosa⁽⁹⁹⁾ propuso la aprobación definitiva del Anteproyecto de Compilación presentado el 12 de diciembre de 1952, con la introducción de las enmiendas que constaban en un escrito que presentó el mismo día 12 de marzo de 1954 para que fuera discutido y aprobado⁽¹⁰⁰⁾.

Tras debatir algunas enmiendas y discutir sobre la legalidad de la propuesta, se suspendió la sesión para encontrar una solución transaccional.

Cabe destacar la propuesta de Condomines Valls:

- 1.º Que se aprueben todas las enmiendas propuestas al texto del Anteproyecto formuladas por los señores Borrell y otros, y que se considere en tal sentido aprobado por el Pleno todas las materias del Anteproyecto de 1952 que no hayan sido objeto de enmienda en dicha propuesta, con la excepción del régimen económico familiar y sucesorio.



2.º Que se designe una Comisión delegada para la revisión definitiva del texto y corrección de estilo, a la cual se confiera un doble cometido:

- A) Revisar el texto del Anteproyecto enmendado en la forma dicha y en los primeros artículos aprobados, y verificar pequeñas correcciones e incorporaciones, teniendo especialmente en cuenta la labor de la Ponencia.
- B) Examinar todo el trabajo de la Ponencia relativa a Derecho familiar patrimonial y sucesorio, decidiendo la forma de incorporación del mismo al Anteproyecto. Si la Comisión no llegare a un acuerdo acerca de ello, se entenderá que la labor de la Ponencia en esas materias constituye un voto particular, que debe ser elevado a los Poderes Públicos junto con el Anteproyecto tantas veces repetido, como voto de la mayoría⁽¹⁰¹⁾.

La designación de esta comisión fue aprobada por unanimidad. Estuvo presidiendo por Duran i Ventosa hasta su muerte y después por Condomines Valls. Las ponencias se repartieron de la siguiente forma: Condomines Valls, Derecho de obligaciones y la prescripción; Roca Sastre, Derecho de sucesiones; Faus Esteve, Derecho de familia; Maluquer Rosés, el usufructo y las servidumbres; Mans Puigarnau, los censos; y Porcioles Colomer, los «heredamientos». Actuó como secretario Pou d'Avilès⁽¹⁰²⁾.

El Tribunal Supremo, en algunas sentencias de los años 50, reconoció que el Anteproyecto era una orientación legislativa autorizada que merecía tenerse en cuenta al aplicar el Derecho civil catalán

Parece ser que la solución transaccional fue provisional. Así, en la sesión de la Comisión Delegada de 13 de julio de 1954⁽¹⁰³⁾, el presidente de la Comisión, Castelló Madrid, manifestó:

El objeto de esta reunión es instar de los señores Vocales que componen la

Comisión Delegada, procuren acelerar su labor de revisión definitiva del texto del Anteproyecto aprobado y corrección de estilo, y estudio de las enmiendas de derecho patrimonial familiar y sucesorio, ya que se hace preciso presentar el texto definitivo a la superioridad a la mayor brevedad posible.

Duran i Ventosa leyó un discurso en el que criticó lo que denominó como *Contraproyecto*, elaborado por la Comisión Delegada en oposición al Anteproyecto, contestando a unas notas redactadas por Roca Sastre sobre el Anteproyecto de 1952, en las que consideró que era insuficiente y anticuado, estaba falto de “*pairalismo*” y los preceptos estaban mal distribuidos.

Al final, en un tono conciliador y para evitar la escisión en el seno de la Comisión, afirmó:

Los ilustres compañeros de la Sub-Ponencia podrían perfectamente articular en pocos artículos adicionales a los del Anteproyecto, o sustituyendo a las que las contradijeran, las soluciones que entiendan necesarias a las cuestiones que el Sr. Roca Sastre enumera en su apartado C sobre reservas binupciales, Cuarta marital, Ley *Hac Edictali*, Decretal de Bonifacio VIII, *Mulier dote contenta* y las dos o tres cuestiones que consideren esenciales. Y aún las realmente importantes, entre las que indicó el señor Faus Esteve, en su notabilísima conferencia del Ateneo.

La Comisión acordó por unanimidad lo siguiente:

En cumplimiento del acuerdo del Pleno anterior, se proceda a formular las enmiendas que se crea conveniente introducir al Anteproyecto de 1952, y que se hagan correlativamente artículo por artículo, con indicación precisa de la adición, supresión o rectificación al correspondiente texto de dicho Anteproyecto; que todos los asistentes se vuelvan a reunir próximamente, para iniciar el estudio de las enmiendas que se proponga introducir.

En la reunión de la Comisión del día 22 de julio de 1954⁽¹⁰⁴⁾, Roca Sastre entregó un índice, con los números de los artículos del Anteproyecto y los correspondientes a

la nueva redacción de un texto destilado o resumido, elaborado por el propio Roca Sastre, Faus y Porcioles. Tras las protestas de Duran i Ventosa y Mans en el sentido de que se había incumplido el acuerdo de la reunión anterior, acordaron por unanimidad que se entregasen lo antes posible copias del texto mencionado.

De la reunión del día 26 de agosto de 1954⁽¹⁰⁵⁾ se puede destacar lo siguiente:

Los Sres. Faus, Porcioles y Roca Sastre, exponen que en el día de ayer quedó totalmente ultimado el trabajo del señor Porcioles sobre «heredamientos» y que el mismo, junto con lo que falte por repartir a los asistentes de derecho sucesorio, esperan podrá obrar en poder de los señores vocales la próxima semana.

El señor Presidente, en vista de que no obra todavía en poder de los reunidos la totalidad del texto [...] encarece que se les haga llegar [...] con la mayor urgencia.

Una vez que la Comisión Delegada acabó sus tareas en agosto de 1955, sometió al Pleno el texto que había elaborado, el cual fue aprobado por unanimidad en la sesión celebrada el 13 de octubre de 1955⁽¹⁰⁶⁾.

El Anteproyecto de Compilación fue entregado el día 14 de octubre de 1955 a Franco, quien parece que lo recibió con satisfacción⁽¹⁰⁷⁾ ⁽¹⁰⁸⁾. Constaba de una exposición de motivos, 569 artículos y una disposición transitoria. Una segunda redacción, hecha por la misma Comisión, con una mejor ordenación de los artículos, importantes correcciones de estilo, alguna refundición y enmienda, sin exposición de motivos y con 554 artículos, se publicó en la *Revista Jurídica de Catalunya* en 1956 y se reimprimió en 1957 y 1959⁽¹⁰⁹⁾.

Es importante subrayar que el Tribunal Supremo, en algunas sentencias: 23 de noviembre de 1955 (rescisión por lesión), 25 de marzo de 1957 (testamento holografo y memorias testamentarias), 6 de julio de 1957 (legítima) y 20 de diciembre de 1957 (fideicomiso), reconoció que el Anteproyecto de 1955 era una orientación legislativa autorizada que merecía tenerse en cuenta al aplicar el Derecho civil catalán⁽¹¹⁰⁾.



6. LA TRAMITACIÓN A LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN Y A LAS CORTES

La Comisión Permanente de la Comisión General de Codificación acordó, el 7 de noviembre de 1955, constituir una Sección Especial para el estudio del Anteproyecto de Compilación de 1955. Inició las deliberaciones el día 9 de abril de 1956⁽¹¹¹⁻¹¹²⁾. El resultado fue un texto profundamente alterado, ya que se le introdujeron correcciones, modificaciones y supresiones con un marcado carácter restrictivo.

Una vez aprobada la primera revisión en febrero de 1957, el Anteproyecto quedó reducido a 407 artículos. Tras hacer una segunda revisión, en marzo de 1957, y una tercera, el 27 de abril de 1957, dejaron el texto en 373 artículos, el cual se remitió a observaciones de la Comisión catalana. El Pleno de la Comisión aprobó el 23 de junio de 1958 la cuarta revisión, que incorporó algunas modificaciones. El texto del Anteproyecto tenía 373 artículos, una disposición final y una disposición transitoria⁽¹¹³⁾.

Las profundas alteraciones de la Comisión General de Codificación provocaron malestar en varios sectores de la vida jurídica catalana. Se emprendieron gestiones para intentar reconducir la situación. Parece ser que las hicieron Pi Sunyer, decano del Colegio de Abogados de Barcelona, y Porcioles, si bien existen versiones distintas sobre si actuaron exclusivamente ante el Ministro de Justicia, Iturmendi⁽¹¹⁴⁾, o también ante Franco.

Para Pi Sunyer⁽¹¹⁵⁾:

No se debía aceptar el cercenamiento de la Comisión de Códigos. Éste es el primer gran problema con el que me enfrenté cuando inicié mi labor como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Entendí que era necesario salvar cuanto se pudiera de aquello que había sido eliminado por la Comisión General de Codificación. Dicha Comisión había terminado su trabajo. Me ayudó de manera extraordinaria el Excmo. Sr. D. Antonio Iturmendi, Ministro de Justicia. Era imposible rectificar entonces el Proyecto aprobado por la Comisión General de Codificación, pero en cambio, cabía que con

antelación al trabajo de estudio que pudiera realizar la Comisión de Justicia de las Cortes (demasiado numerosa para conseguir el propósito de llevar a la Compilación toda la materia o casi toda del Proyecto de juristas catalanes), una Ponencia reducida efectuara dicho trabajo. El señor Ministro de Justicia nombró esta Ponencia, formada únicamente por cinco miembros, para presidirla el Sr. Alcalde de Barcelona, Don José M^a de Porcioles.

Yo quiero recordar este auxilio, porque los Colegios de Abogados de Cataluña y en especial el de Barcelona nunca agradecerán bastante al señor Iturmendi su ayuda, que se desarrolló, como es natural, con la natural discreción. Esto explica que fuera yo quien llevara personalmente esta labor de preparación, ya que las conversaciones y cambio de impresiones las sostenía exclusivamente además de con el señor Ministro con el señor de Porcioles y con Don Ramon M^a Roca Sastre.

En cambio, según Porcioles⁽¹¹⁶⁾:

Hacía diez años que con gente tan inteligente como el notario Faus, el notario Roca, Condomines y algunos otros habían estado trabajando en una Compilación del Derecho Civil Catalán con un apéndice que era el más amplio que nunca se hubiera hecho, muy superior al de Duran i Bas. Pero ocurrió que, cuando fue a la Comisión de Códigos, lo mutilaron innecesariamente y después el Ministerio de Justicia lo acabó de mutilar. Lo vimos todo perdido. Intentamos primero el camino de las enmiendas. Redactamos cien, una a la totalidad, para las que nos costó Dios y ayuda encontrar firmas, pero vimos que tampoco ese era el camino porque con un decreto lo arreglaban.

Entonces, fui a ver a Franco. Le dije: *Mi general, vengo a decirle que yo no me quiero presentar a las Cortes para defender algo con lo que no estoy de acuerdo. ¿Por qué —me preguntó— usted que siendo catalán es un enamorado de España no quiere ir a esta unidad en el Derecho que sería una facilidad para todos?* Y entonces me extendí en una serie de consideraciones jurídicas. Le

expliqué que Fernando II y Alfonso X, dos de los más grandes reyes que ha tenido España, redactaron las siete partidas y que el único lugar donde seguían vigentes era en Cataluña. ¿Y cómo es eso? La invasión francesa, le expliqué, tuvo muchas consecuencias en España, entre otras que se renunció al Derecho histórico para copiar el Código Civil de Napoleón. Y ahora resulta que los únicos que conservamos el Derecho histórico español somos los separatistas y los que renunciaron a él son los que defienden España. Y me dice: *¿Y en eso no tuvo influencia la Enciclopedia? Evidentemente, todo este proceso iba unido en mayor o menor grado con la directriz de la Enciclopedia. Entonces ya me lo explico.* Y calló durante un rato. Entonces, me preguntó qué quería yo y le pedí que me dejase nombrar a la Comisión a mi gusto. Mandó llamar al Ministro de Justicia, le dijo que me dejase escoger la Comisión, y sacamos la Compilación íntegra⁽¹¹⁷⁾.

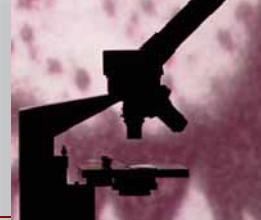
Las profundas alteraciones de la Comisión General de Codificación provocaron malestar en varios sectores de la vida jurídica catalana

Sin excluir que las dos versiones puedan ser complementarias, en lo que respecta a las personas ante las que se llevaron a cabo las gestiones, queremos hacer hincapié en la referencia de Porcioles a la crítica del Código Civil español fundamentada en la influencia del Código francés, en la misma línea que Martín Ballesteros-Costeja en 1944.

En cualquier caso, parece razonable pensar, siguiendo a Jardí Cassany⁽¹¹⁸⁾, que el resultado fue el nombramiento de una Ponencia *ad hoc* a las Cortes⁽¹¹⁹⁾.

El Gobierno aprobó el Proyecto de ley el día 30 de abril de 1959, siguiendo el texto revisado por la Comisión General de Codificación⁽¹²⁰⁾. Pasó a las Cortes el 6 de junio de 1959⁽¹²¹⁾.

El 20 de mayo de 1959 se constituyó una Comisión con carácter oficioso con el fin de redactar las enmiendas al Proyecto



de ley de 30 de abril de 1959 y poder regresar al sentido original del Anteproyecto de ley de 1955. Mantuvo reuniones en Andorra en agosto de 1959⁽¹²²⁾.

El plazo de enmiendas finalizó el 31 de octubre de 1959. Se presentaron 97 enmiendas, una a la totalidad, elaborada por Roca Sastre⁽¹²³⁾, y las demás referidas a 116 artículos, algunas de simple redacción o estilo, otras que pedían el restablecimiento de artículos suprimidos o que modificaban la redacción que les había otorgado la Comisión General de Codificación⁽¹²⁴⁾.

El portador de las enmiendas al registro de las Cortes fue Sagarra Zacarini⁽¹²⁵⁾, quien ha explicado: "Una vez en Madrid, me reuní con el notario Vallet de Goytisolo, que actuaba como elemento de enlace y seguí muy intensamente las peripecias de la Compilación."

Prácticamente la totalidad del texto redactado por la Ponencia *ad hoc*, fue aceptado por el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia de las Cortes, emitido el 2 de mayo de 1960, por lo que se consiguió restablecer una gran parte de lo que se había suprimido⁽¹²⁶⁾.

La gran paradoja de la historia de la Compilación del Derecho civil de Cataluña es que las instituciones compiladas, que inicialmente se configuraron como excepciones al Código Civil español, el cual debía ser general y único, se han convertido en la primera base del Código Civil de Cataluña

El Dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes fue aprobado el 31 de mayo de 1960, por el Pleno por unanimidad, en sesión solemne celebrada el 20 de julio de 1960, y sancionado por Franco como Ley el 21 de julio de 1960, que se publicó en el BOE n.º 175, del 22 de julio de 1960.

Los 569 artículos del Anteproyecto de 1955 quedaron reducidos a los 344, tres disposiciones finales y seis disposiciones transitorias⁽¹²⁷⁾ de la Ley 40/1960, de 21 julio. Ahora bien, se ha sostenido que contiene más de 400 artículos de los que se in-

cluían en el Anteproyecto de 1955, ya que a menudo se refundieron varios artículos en uno⁽¹²⁸⁾, y que lo que se había perdido no llegaba al diez por ciento, sin abarcar ninguna institución esencial⁽¹²⁹⁾.

Roca Sastre⁽¹³⁰⁾ afirmó que se recomendó, oficiosamente y con buena intención, que el número de artículos de la Compilación catalana no excediera los 350, número que venía siendo el del texto articulado que acompañaba la *Memòria* de Duran i Bas.

De los discursos que se pronunciaron en las Cortes para presentar la Compilación como éxito político del régimen de Franco, queremos destacar un párrafo de lo dicho por el ministro de Justicia, Iturmendi⁽¹³¹⁾:

La culminación de esta política legislativa emprendida por el Movimiento Nacional es el Código civil general de España que, como tuve el honor de exponer en el Pleno que estas Cortes celebraron con motivo de la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava, responda a la brillante tradición jurídica española, organice la vida de las personas y de las instituciones civiles conforme a nuestra jerarquía de valores y satisfaga nuestro sentimiento nacional, y las necesidades de la vida cotidiana, para lo cual ha de nutrirse fundamentalmente, de estas auténticas creaciones jurídicas del pueblo español que hoy estamos compilando.

Del discurso de Porcioles⁽¹³²⁾, destacamos:

El Régimen actual, que tantos y tan sólidos motivos tiene para querer y mantener la unidad, concepto distinto y distante de la uniformidad, ha estimado que *un Código Civil de verdadero alcance nacional, sólo podía formarse a base de la plena integración del derecho patrio, sin distinción de las regiones o comarcas donde se aplica*, en la misma forma que todas ellas concurren juntas e identificadas a la grandeza de la Patria. Las Compilaciones de acuerdo con las conclusiones del Congreso de Juristas de Zaragoza, son el primer paso para el futuro Código civil nacional en el que se refundirán todas las regiones españolas⁽¹³³⁾.

Para cerrar el círculo de la argumentación que se comenzó a formular en Jaca en 1942, un artículo del diario *La Vanguardia* de 21 de julio de 1960, titulado "El Derecho Civil de Cataluña"⁽¹³⁴⁾, decía que:

Es curioso y paradójico que la tónica uniformista coincidiese en España y en los demás países europeos, con el apogeo del liberalismo. Las Cortes de Cádiz representaron entre nosotros uno de los momentos más agudos del uniformismo irreflexivo; y a la inversa, *el movimiento tradicionalista se convirtió en constante abanderado del respeto a las realidades históricas de cada región de la Patria. Como es natural, Franco ha seguido el camino de la tradición española. Esta sabia orientación se muestra en el movimiento compilador del Derecho civil de Cataluña...*

Al fin y al cabo, la finalidad de la Compilación era:

[...] integrar y articular en un texto único diversas disposiciones de vario origen, naturaleza y alcance que regían tradicionalmente sustanciales aspectos de la vida jurídica catalana."

La gran paradoja de esta historia es que las instituciones compiladas, que inicialmente se configuraron como excepciones al Código Civil español, el cual debía ser general y único, se han convertido en la primera base del Código Civil de Cataluña.

BIBLIOGRAFÍA

— Anuario de Derecho Aragonés (1944-I):

— "Al lector", sin firmar.

— "El Congreso Nacional de Derecho Civil", sin firmar.

— Aunós Pérez, Eduardo (1945). "Pòrtic". *Revista Jurídica de Catalunya*, marzo-abril, vol. XLIII.

— Badosa Coll, Ferran (2003), Ferran Badosa Coll (dir.), Joan Marsal Guillaumet (co-ord.). "El Dret civil català en la codificació", en especial: "El règim franquista. L'abolició de l'autonomia i la Compilació del Dret civil català", *Manual de Dret civil català*. Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona.



— Bassols Parés, Agustí (1992). "Vers la codificació del Dret civil català. La reforma prèvia de 1984." Discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

— Bergua, J. (1946). "Crónica del Congreso Nacional de Derecho Civil". *Anuario de Derecho Aragonés* III.

— Colomer Marqués, Claudio:

(1993), "Un liderazgo catalán". *La Vanguardia*, 12 de septiembre de 1993.

(1996), "El Derecho Civil de Cataluña". *La Vanguardia*, 10 de diciembre.

Comisión de Juristas para la Compilación del Derecho foral de Cataluña. Actas de las reuniones:

Pleno: 15 de febrero de 1954

Pleno: 12 de marzo de 1954

Comisión Delegada: 13 de julio de 1954

Comisión Delegada: 22 de julio de 1954

Comisión Delegada: 26 de agosto de 1954

Pleno: 13 de octubre de 1955

— Condomines Valls, Francesc d'Assís (1955). "Una buena obra". *La Vanguardia*, 15 de octubre.

Véase FAUS ESTEVE, Ramon

— De Camps y Arboix, Joaquín (1958). "El apéndice catalán", "Obra legislativa y labor interpretadora", "El Congreso de Zaragoza y sus consecuencias" y "La Compilación y su contenido". *Historia del Derecho Catalán Moderno*. Ed. Bosch, Barcelona.

— De Porcioles Colomer, José María (1960). "Discurso pronunciado en las Cortes españolas el día 20 de julio". *Revista Jurídica de Catalunya*, julio-agosto.

— De Villalonga, José Luis (1999). *El sable del Caudillo. Historia secreta del hombre que gobernó España como un cortijo*. Ed. Plaza y Janés, Barcelona.

— Equipo Mundo: Eduardo Álvarez Puga; José Carlos Clemente; José Manuel Gironés (1971). *Los 90 Ministros de Franco*. Ed. Dopesa, Barcelona.

— Fabre Fornaguera, Jaume; Huertas Claveria, Josep M. (1982). "Porcioles, *Ministre de Franco a Barcelona*", entrevista en *L'Avenç*, n.º 48, abril.

— Faus Esteve, Ramon:

(1959), "Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación", conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Barcelona, recogida como anexo en *Comentaris a la Compilació del Dret civil de Catalunya* (1960b).

(1960a), "La Compilación y el Notariado". *Revista Jurídica de Catalunya*, julio-agosto.

(1960b), Faus Esteve, Ramon; Condomines Valls, Francesc d'Assís. *Comentaris a la Compilació del Dret civil de Catalunya*, edición facsímil de la primera, presentación de

Robert Follià Camps, *La Notaria* n.º 2, 2003, Col·legi de Notaris de Catalunya y Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

(1989), "La Compilació del Dret civil català del 21 de juliol de 1960". *Simposi Dret Civil de Catalunya, XXV anys de la Compilació*. Departament de Justícia.

— Follià Camps, Robert (2003). Presentación de *Comentaris a la Compilació del Dret civil de Catalunya*, de Ramon Faus Esteve y Francesc d'Assís Condomines Valls, edición facsímil de la primera, 1960. *La Notaria*, n.º 2, Col·legi de Notaris de Catalunya i Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

— Fusi Aizpurua, Juan Pablo (1985). *Franco, autoritarismo y poder personal*. Ed. El País, Madrid.

— Garriga, Ramon (1981). *Los validos de Franco*. Ed. Planeta, Barcelona.

— Hurtado Martí, Odó (1960). "La Codificació del Dret civil català". *Pont blau, Literatura, art i informació*, n.º 96 a 98, octubre-noviembre, México.

— Iglesias Santos, Juan (1962). "Cataluña y el Derecho romano", en *Miscel·lània Borrell i Soler*, Institut d'Estudis Catalans, Barcelona.

— Iturmendi Bañales, Antonio (1960). "Discurso pronunciado en las Cortes Españolas el día 20 de julio". *Revista Jurídica de Catalunya*, 1960, julio-agosto.

— Jardí Cassany, Enric (1992). "La Compilació del Dret civil de Catalunya". *Documents Jurídics de la història de Catalunya*, Departament de Justícia.

— Lacruz Berdejo, José Luis (1948). "El Congreso Nacional de Derecho Civil". *Anuario de Derecho Civil*, tomo I, fascículo I, enero-marzo.

— Lasso Gaité, Juan Francisco (1978). "Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (1960)". *Crónica de la Codificación Española, Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. 1, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación.

— López Burniol, Juan José (1989). *Simposi Dret Civil de Catalunya, XXV anys de la Compilació*, Departament de Justícia.

— López Medel, Jesús (1992). "Fernández Cuesta, jurista, reformista, hipotecario, Ministro de Justicia y académico", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 613.

— Martín Ballester-Coste, Luis (1944). "Aragón ante la unificación del Derecho Privado". *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVIII, marzo, escrito en octubre de 1943. Ed. Revista de Derecho Privado.

— Mas i Solench, Josep M. (1996). Presentación de la Conmemoración del quincuagésimo aniversario del *Congreso Nacional de Derecho Civil*, celebrado en Zaragoza en 1946. *Anuari de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics*.

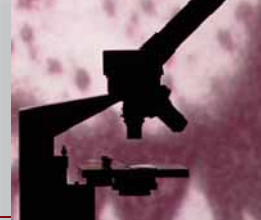
— Mirambell Abancó, Antoni:

(1981), "Com. art. 1 CDCEC", Manuel Albaladejo García (dir); Antonio Mirambell Abancó; Pablo Salvador Coderch. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVII, vol. 1. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

(1995), Antonio Mirambell Abancó y Pablo Salvador Coderch. "Estudi introductori sobre els precedents de la Compilació", *Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris*. Textos Jurídics Catalans, Lleis i costums VI/2, Departament de Justícia.

— Montserrat Gámiz, Miguel:

(1979), "El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946: Una actuación histórica de Maurici SERRAHIMA". *La Vanguardia*, 9 de mayo.



(1996), "Evocación del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, 1946". Conmemoración del quincuagésimo aniversario del Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en 1946, *Anuari de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics*.

— Nebot, Ramon (1960). "La Compilació del Dret civil de Catalunya". *Revista Pont Blau, Literatura, art i informació*, n.º 94, agosto, México.

— O'Callaghan Muñoz, Xavier (2000). "La modernització del Dret civil català: un Codi Civil", *Jornades cap a un Codi Civil de Catalunya*, 1998, Departament de Justícia.

— Olivar Daydí, Jordi (1946). "El Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza". *Revista Jurídica de Catalunya*, noviembre-diciembre, vol. L.

— Olivar Daydí, Arnau (1989). Carta al Director de *La Vanguardia*, 5 de abril.

— Payne, Stanley G.:

(1992), *Franco. El perfil de la historia*. Biografías Espasa, Ed. Espasa Calpe, Madrid.

(2000), José Luis García Delgado (co-ord.). "La política", *Franquismo. El juicio de la historia*. Ed. Temas de Hoy.

— Pérez de Vargas Muñoz, José (2003); Antonio Cabanillas Sánchez [et al.]. "La Codificación Civil: breve referencia a sus bases socioeconómicas". *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, Derecho Civil, Parte General*, tomo I, Ed. Thomson-Civitas.

— Pi Sunyer, Josep M. (1960). "La Compilación del Derecho Civil de Cataluña como logro romántico de los abogados catalanes". *Revista Jurídica de Catalunya*, julio-agosto.

— Pla Casadevall, Josep:

(1981a), "El notari Ramon M. Roca Sastre i la Compilació del Dret". *Homenots, segona sèrie*, Obra completa, volumen XVI, 2.ª ed., Ed. Destino, Barcelona.

(1981b), "José M.ª de Porcioles". *Homenots, segona sèrie*, Obra completa, volumen XVI, 2.ª ed., Ed. Destino, Barcelona.

— Puig Ferriol, Lluís i Roca Trias, Encarna (1979). "La codificación", "Los distintos proyectos de Apéndice al Código Civil" y "La organización definitiva del Derecho Civil en

España: las Compilaciones", en *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña, Introducción al Derecho Civil de Cataluña*, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona.

— Puig Ferriol, Lluís (1996). "Origen i desenvolupament de la Compilació del Dret civil de Catalunya". Conmemoración del quincuagésimo aniversario del Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en 1946, *Anuari de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics*.

— Puig Salellas, Josep M. (1993). "Porcioles, una perspectiva jurídica". *La Vanguardia*, 12 de septiembre.

Revista de Derecho Civil Aragonés (1999), volumen V, n.º 2, Acta de la reunión en Montserrat de 29 de septiembre de 1947.

— Riera Gassiot, Ignasi (1998). *Els catalans de Franco*. Ed. Plaza y Janés, Barcelona.

— Roca Sastre, Ramon M. (1983). "La Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña como expresión codificada no novatoria *per iuris continuatio* del Derecho civil catalán" y "La tradición jurídica catalana base esencial interpretativa de la Compilación". *Estudios de Derecho Civil Especial de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona.

ROCA TRIAS, Encarna

Véase PUIG FERRIOL, Lluís. *Fundamentos*.

— Sagarra Zacarini, Josep Lluís, *Papers d'un advocat*, Ed. Proa, Barcelona.

— Salvador Coderch, Pablo:

(1985), "La Compilación y su historia. Los presupuestos políticos y culturales de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña", *La Compilación y su historia*, Ed. Bosch, Barcelona.

— Véase MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni. "Com. art. 1 CDCEC" y "Estudi introductorio"

Sin firmar, "El Derecho Civil de Cataluña", *La Vanguardia*, 21 de julio de 1960.

— Serrahima Bofill, Maurici:

(2003), *Del passat quan era present*, 1940-1947, edición a cargo de Josep Poca Gaya, Edicions 62, Barcelona.

(2004a), *Del passat quan era present*, 1948-1958, edición a cargo de Josep Poca

Gaya, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona.

(2004b), *Del passat quan era present*, 1959-1963, edición a cargo de Josep Poca Gaya, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona.

— S. O. (1955). "Necrológica Duran Ventosa". *Revista Jurídica de Catalunya*, enero-febrero.

(1) Miquel Miralles Bellmunt. Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas Departamento de Justicia. Doctorando del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. Tesis sobre *La posición jurídica del cónyuge o conviviente supérstite en unión estable de pareja en el Derecho civil de Cataluña*, dirigida por el Dr. Joan Marsal Guillaumet. Agradezco a la Dra. Elena Lauroba Lacasa, Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona y anterior Directora General de Derecho y Entidades Jurídicas, por las sugerencias que me ha aportado.

Este artículo se publicó en www.gencat.cat/justicia/50anys-cdcc. La mayoría de los documentos también pueden consultarse en los epígrafes *Antecedents històrics de la Compilació des de la codificació, Comissió de Juristes y Tramitació del projecte de la Compilació*.

(2) Además de la Compilación de Cataluña, se aprobaron las compilaciones de Vizcaya y Álava (Ley 30-7-1959), Islas Baleares (Ley 19-4-1961), Galicia (Ley 2-12-1963), Aragón (Ley 8-4-1967) y Navarra (Ley 1-3-1973).

(3) Desde esta perspectiva y en relación con toda la historia de la Compilación, véase:

-Joaquín de Camps y Arboix (1958), "El apéndice catalán", "Obra legislativa y labor interpretadora", "El Congreso de Zaragoza y sus consecuencias" y "La Compilación y su contenido", en *Historia del Derecho Catalán Moderno*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 265-353.

-Lluís Puig Ferriol y Encarna Roca Trias (1979), "La codificación", "Los distintos proyectos de Apéndice al Código Civil" y "La organización definitiva del Derecho Civil en España: las Compilaciones", en *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña, Tomo I, Introducción al Derecho Civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 70-89 y 122-135.

- Antonio Mirambell Abancó y Pablo Salvador Coderch (1981), "Com. art. 1 CDCEC", Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXVII, vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 7-145.

-Pablo Salvador Coderch (1985), "La Compilación y su historia. Los presupuestos políticos y culturales de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña", en *La Compilación y su historia*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 135-228.

-Antoni Mirambell Abancó y Pau Salvador Coderch (1995), "Estudi introductor sobre els precedents de la Compilació", en *Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris*, Textos Jurídics Catalans, Lleis i costums VI/2, Departamento de Justicia, pág. XIII-XXXII y

-Ferran Badosa Coll (2003), "El Dret civil català en la codificació", en especial: "El règim franquista. L'abolició de l'autonomia i la Compilació del Dret civil català", en *Manual de Dret civil català*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pág. 25-46.

(4) Ramon M. Roca Sastre (1983), "La Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña como expresión codificada no novatoria *per iuris continuatio* del Derecho civil catalán", en *Estudios de Derecho Civil Especial de Catalunya*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 6, nota 1, donde, tras alabar el libro de Camps y Arboix, citado en la nota 3 del presente trabajo, afirmó: "Pero lo que está por publicar, y sería altamente interesante, si bien para ello debería transcurrir aún más tiempo, es lo que designaríamos bajo el título de *Pequeña historia de la Compilación catalana*."

(5) Juan Iglesias Santos (1962), "Cataluña y el Derecho romano", en *Miscel·lània Borrell i Soler*, Institut d'Estudis Catalans, Barcelona, pág. 197, sostuvo que: "En varias ocasiones hemos llamado la atención sobre la necesidad de que el romanista —y el estudioso en general— esté asistido por el método del sentimiento, y no tan sólo por el método del análisis [...]". "Bien está que hoy, dominados como estamos por la técnica, nos afanemos en estudiar o investigar con pertrecho de buen instrumental y auxilio de refinados métodos, pero ha de tenerse en cuenta que al Derecho no le conviene otro calificativo que el que afirme categóricamente su entronque con la rotunda realidad de la vida. Lo jurídico posee la calidad de lo vital, y aquí está el lugar sobre el que ha de operar el jurista. La dimensión del campo de

operaciones es enorme, y a él no tiene acceso quien ha hecho del Derecho una idea."

(6) En una línea no exclusivamente jurídica, véase:

Josep Pla Casadevall (1981a), "El notari Ramon M. Roca Sastre i la Compilació del Dret", *Homenots, segona sèrie*, Obra completa, volumen XVI, 2.ª Ed., Destino, Barcelona, pág. 407-436 y Maurici Serrahima Bofill (2003), (2004a) y (2004b), *Del passat quan era present, 1940-1947*, Edicions 62, Barcelona, 1948-1958 y 1959-1963, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, edición de los tres volúmenes a cargo de Josep Poca Gaya.

Serrahima Bofill (2004b), 4 de abril de 1962, pág. 310, nombra una carta de Pla: [TEXTO ORIGINAL EN CATALÁN] "También me decía que quería hacer un *homenot* sobre la Compilación del Derecho Civil Catalán, y que le indique la persona en quién debería centrarlo. Sin vacilar, le he indicado a Roca Sastre, y le he explicado rápidamente la historia y el Congreso de Zaragoza, la Comisión, los intentos del grupo Duran i Ventosa, la entrada de Roca, el proyecto, la lucha en Madrid, el texto final [...]. Le he indicado a las personas que le pueden informar y me he puesto en medio."

(7) En este sentido, Serrahima Bofill (2004b), 4 de abril de 1962, pág. 310 y Juan José López Burniol (1989), *Símposi Dret Civil de Catalunya, XXV anys de la Compilació*, Departamento de Justicia, Barcelona, pág. 145, quien afirmó que: [ORIGINAL EN CATALÁN] "Hoy nos convoca aquí la celebración de su memoria [de la Compilación], que podemos concretar sin discusión posible en quien fue uno de sus autores principales y uno de los grandes juristas catalanes de todos los tiempos, el señor Ramon Maria Roca Sastre."

(8) Ramon Faus Esteve (1960a), "La Compilación y el Notariado", *Revista Jurídica de Catalunya*, julio-agosto, pág. 430.

(9) Ramon Faus Esteve (1989), "La Compilación del Dret civil català del 21 de juliol de 1960", *Símposi Dret Civil de Catalunya, XXV anys de la Compilació*, Departamento de Justicia, pág. 113.

(10) Badosa Coll (2003), pág. 42, menciona: [ORIGINAL EN CATALÁN] "El 26 de enero de 1939 [día de la entrada en Barcelona del ejército de Franco], el general Fidel Dávila, como *Jefe del Ejército del Norte*, dictó un Bando, cuyo artículo 3 decía que entra en vigor en este territorio a partir de hoy el Derecho del nuevo Estado que se publica en los Boletines Oficiales [...]" y

que devuelve a las provincias catalanas el honor de ser gobernadas en pie de igualdad con sus hermanas del resto de España."

(11) Faus Esteve (1989), pág. 113.

(12) Puig Ferriol y Roca Trias (1979), pág. 122.

(13) Como bien se sabe, en Cataluña, a consecuencia de la derrota en la Guerra de Sucesión, las Cortes habían sido disueltas por Felipe V, quien dictó el Decreto de Nueva Planta. Esta norma mantuvo la vigencia del Derecho civil catalán anterior (las Constituciones y otros Derechos de Cataluña de 1704), ahora bien, al suprimirse las Cortes, ello comportó la ceguera de las fuentes del Derecho y la imposibilidad de que el Derecho evolucionase, y por tanto, su fosilización.

(14) Robert Follià Camps (2003), Presentación de *Comentaris a la Compilació del Dret civil de Catalunya*, de Ramon Faus Esteve y Francesc d'Assís Condomines Valls, edición facsímil de la primera (1960), *La Notaria*, n.º 2, Colegio de Notarios de Cataluña y Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pág. xii.

(15) Stanley G. Payne (1992), *Franco. El perfil de la historia*. Biografías Espasa, Ed. Espasa Calpe, Madrid, pág. 7, ha afirmado: "Se ha dicho que Franco fue la figura con mayor poder en la historia de España desde los tiempos de Felipe II. Ciertamente tuvo en sus manos mayor autoridad personal que ningún rey anterior, ya que unió las prerrogativas del dictador-regente a los poderes de control administrativo y político de un Estado del siglo XX, poderes tan grandes que, en un momento dado de los comienzos del régimen, se le reconoció únicamente responsable *ante Dios y la historia*."

(16) Juan Pablo Fusi Aizpurua (1985), *Franco, autoritarismo y poder personal*, Ed. El País, Madrid, pág. 59 y 79, ha sostenido: "En enero de 1938 [...] una Ley de la Jefatura del Estado dejaba en sus manos toda la capacidad legislativa." La situación no cambiaría con la *Ley de Cortes* de 17 de julio de 1942, ya que "Franco creó las Cortes como instrumento de colaboración con sus funciones, no como una Cámara legislativa que limitara su poder."

(17) El art. 12.2 CCesp, en la redacción original, disponía: "Por lo demás, *las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad*, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea



en cada una de aquellas por sus leyes especiales." La cursiva es nuestra.

- (18) Fusi Aizpurua (1985), pág. 74: "Su política —económica, social, exterior— no fue el despliegue del diseño de un estatista ni la cristalización de una doctrina o una ideología. Franco era un hombre pragmático, no un doctrinario ni un ideólogo, y [...] no hizo otra cosa que adaptar su política a las exigencias de las circunstancias. Casi se estaría en la tentación de repetir sobre él lo que Wellington dijo de lord Liverpool, que fue *premier* británico entre 1812 y 1827: que el secreto de su política era que no tenía política."
- (19) José Luis de Villalonga (1999), *El sable del Caudillo, Historia secreta del hombre que gobernó España como un cortijo*, Ed. Plaza y Janés, Barcelona, pág. 11, expuso: "Recuerdo que una tarde en la que trabajábamos juntos en nuestro libro *El Rey*, le pregunté a Don Juan Carlos algo acerca de Franco. ¿A qué Franco te refieres?, me contestó el monarca. Ante mi desconcierto, Don Juan Carlos explicó: *Francos ha habido varios. El de la guerra de África, que acabó siendo el general más joven de Europa. El Franco de la República, el del Alzamiento, el de la guerra civil, el dictador y por último un anciano que murió en terribles circunstancias. Cada uno de ellos fue un hombre diferente. Así que cuando hables de Franco, precisa a cuál de ellos te refieres.*"
- (20) Fusi Aizpurua (1985), pág. 74.
- (21) Stanley G. Payne (2000), José Luis García Delgado (coord.), "La política", en *Francismo. El juicio de la historia*, Ed. Temas de Hoy, Madrid, pág. 237, ha afirmado: "Como muchos de sus compañeros oficiales, creía firmemente en el nacionalismo español y sostenía que el mayor fallo del liberalismo había sido no defender la unidad y los intereses de la nación española."
- (22) Fusi Aizpurua (1985), pág. 76, ha sostenido que "no creía en un Estado falangista [...]. Su idea de las cosas estaba más próxima a las posiciones de Víctor Pradera, el líder del tradicionalismo, asesinado en la guerra civil e inspirador del Bloque Nacional de la ultraderecha en la II República, cuyo ideario se resumía en los lemas 'religión, Estado, propiedad y familia', y cuya tesis de *El nuevo Estado* —libro que publicó en 1935— ensalzaba la monarquía tradicional y social de los Reyes Católicos (ideas todas ellas verdaderamente próximas a Franco): éste prologó en 1945 las obras completas de Pradera, y en las notas de su archivo

quedó un apunte en que aludía a su amistad."

En la misma línea, Payne (2000), pág. 273, diría: "Uno de los aspectos más novedosos del gobierno de Franco, dentro del contexto europeo, fue el de su esfuerzo arcaizante por recuperar el tradicionalismo cultural. El concepto de comunidad neotradicionalista, básico para el pensamiento social y cultural de Franco, parece tomado en parte del carlismo. La creación de la comunidad era fundamental para muchos de los modernos movimientos nacionalistas europeos, pero ningún otro llegó a subrayar en la misma medida el neotradicionalismo. El intento por recuperar la tradición cultural y un fundamentalismo católico de tipo tridentino fue llevado a un grado sin precedentes en ningún otro régimen europeo, y en este sentido, fue más parecido al renacimiento islámico que al fascismo europeo."

- (23) Fusi Aizpurua (1985), pág. 58, 59 y 97, ha indicado: "Franco había dicho en Salamanca [1937] que su Estado opondría una *democracia efectiva* a la democracia del Estado liberal, que él calificó de *verbalista y formal*." "No creemos nosotros, diría en Zaragoza el 19 de abril de 1938, en el *régimen democrático liberal*." "El 14 de mayo de 1946, Franco pronunciaba un importante discurso en las Cortes. Lo era esencialmente porque allí expuso la nueva definición que quería para su régimen. La clave estaba en una frase: *A esa democracia convencional, dijo, nosotros oponemos una democracia católica y orgánica.*"
- (24) Fusi Aizpurua (1985), pág. 60: "El Consejo de Ministros sería, a todo lo largo de los 40 años de franquismo, el verdadero órgano de poder del régimen y la única institución con la que Franco contaría verdaderamente; todo lo demás, el Consejo Nacional del Movimiento, las Cortes, la Organización Sindical, los Consejos de Estado y del Reino, sería en la práctica mera *coreografía*, como diría mucho después el propio Serrano Suñer."
- (25) *Ibidem*, pág. 72: "Franco dejaba a sus ministros una amplia autonomía en el ejercicio de su cargo; le irritaba que se le hicieran confidencias críticas sobre ellos; defendía siempre su gestión." En el mismo sentido, Payne (1992), pág. 146: "A los ministros y a los principales subordinados se les solía dejar casi siempre gran libertad de acción en la administración de sus departamentos, aunque siempre, naturalmente, dentro de las líneas generales del régimen."

- (26) Esta es una constante que irá repitiéndose. Subrayaremos las referencias en cursiva.

- (27) Eduardo Aunós Pérez, político de Lérida, fue Ministro de Justicia desde el 16 de marzo de 1943 hasta el 20 de julio de 1945. Abogado, militante de la Liga Regionalista, secretario particular de Cambó cuando era Ministro de Fomento, diputado en Cortes en 1916 y Ministro de Trabajo durante la dictadura de Primo de Rivera. En 1937 ingresó en la Falange Española Tradicionalista y de las JONS, organización en la que fue miembro de la Junta Política. (Equipo Mundo: Eduardo Álvarez Puga, José Carlos Clemente y José Manuel Gironés, 1971, *Los 90 Ministros de Franco*, Ed. Dopesa, Barcelona, pág. 173-175.)

-En el prólogo de la *Revista Jurídica de Catalunya* de marzo-abril de 1945, vol. XLIII, pág. 4, sostuvo: "Acrece el interés para ahondar en el análisis de las especialidades forales singularmente tratadas en estas páginas, *la circunstancia de que muchas de ellas conservan, mejor incluso que el propio Código Civil, el espíritu del Derecho tradicional español.*"

- (28) BOE de 7 de agosto de 1944, pág. 6012.
- (29) En este sentido, Claudio Colomer Marqués (1996), "El Derecho Civil de Cataluña", *La Vanguardia*, 10 de diciembre, que participó en el Congreso y Miguel Montserrat Gámiz (1996), "Evocación del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, 1946", *Conmemoración del quincuagésimo aniversario, Anuari de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics*, 1996, pág. 93, fue uno de los dos abogados aragoneses que ayudaron en calidad de asistentes a la Sección de Derecho Catalán en el congreso. Opinó que: "En España gobernaba un régimen de fuerza salido de una guerra civil, cuyos grupos de presión se agrupaban, respecto de cualquier problema, en tendencias muy dispares, obligadas a entenderse por la autoridad superior, que las manejaba directa o indirectamente mediante soterradas o explícitas consignas. *Se conocía la poderosa influencia unitarista del que desde muy joven fue catedrático de Derecho Civil, a la sazón poderoso Ministro de la Gobernación, Blas Pérez.*"
- (30) Blas Pérez González, del Cuerpo Jurídico del Ejército del Aire desde 1920, coincidió con Franco en la Guerra de Marruecos. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Barcelona desde 1928 y decano de la Facultad de Derecho, en 1933 tradujo y anotó junto con José Alguer, el



Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolf, Ed. Bosch, Barcelona.

Durante la última Guerra Civil trabajó en la Asesoría Jurídica del Cuartel General de Franco en Salamanca y Burgos y fue fiscal del Tribunal Supremo.

También escribió: (1940), "La partición en Cataluña", *Revista de Derecho Privado*, XXIV, n.º 287, diciembre, pág. 307-313 i (1942), "El método jurídico", *Revista de Derecho Privado*, XXVI, n.º 299, enero, pág. 1-24.

Fue Ministro de Gobernación desde el 3 de septiembre de 1942 hasta el 25 de febrero de 1957, es decir, 14 años, 5 meses y 22 días (Equipo Mundo, 1971, pág. 149-151). La media de la duración en el cargo de los 120 ministros de Franco fue de unos dos años. (Fusi Aizpurua, 1985, pág. 72.)

Véase Ramon Garriga (1981), *Los validos de Franco*, Ed. Planeta, Barcelona, pág. 126-213.

(31) Camps y Arboix (1958), pág. 307.

(32) En este sentido, Enric Jardí Cassany (1992), "La Compilació del Dret civil de Catalunya", en *Documents jurídics de la història de Catalunya*, Departamento de Justicia, Barcelona, pág. 272. Véase también Pla Casadevall (1981a), pág. 418-419.

(33) *Anuario de Derecho Aragonés* (1944-I), "El Congreso Nacional de Derecho Civil", sin firmar, pág. 32.

(34) "Al lector", *Anuario de Derecho Aragonés* (1944-I), pág. 9. Es una especie de prólogo donde se justificaba la publicación del primer volumen del Anuario. En este sentido, José Luis Lacruz Berdejo (1948), "El Congreso Nacional de Derecho Civil", *Anuario de Derecho Civil*, tomo I, fascículo I, enero-marzo, pág. 145, sostuvo que la celebración del Congreso de Zaragoza era "consecuencia natural del éxito de las reuniones celebradas en la Universidad de Verano de Jaca, de cuya misma vitalidad nació la iniciativa de ampliarlas, reuniendo juristas de todas las regiones españolas para tratar juntos los temas más importantes comunes a los Derechos civiles hispánicos." y J. Bergua (1946), "Crónica del Congreso Nacional de Derecho Civil", *Anuario de Derecho Aragonés*, III, pág. 469.

(35) Luis Martín-Ballester Costea (1944), "Aragón ante la unificación del Derecho Privado", *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVIII, marzo, escrito en octubre de 1943, Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 209-220. El autor firma como abogado fiscal. Posteriormente sería catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, secretario del Consejo

de Estudios de Derecho Aragonés, secretario general del Congreso de 1946 y secretario de la Comisión Compiladora de Aragón.

(36) Sobre las bases socioeconómicas de la codificación civil, véase José Pérez de Vargas Muñoz (2003), Antonio Cabanillas Sánchez (et al.), "La Codificación Civil: breve referencia a sus bases socioeconómicas", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Derecho Civil, Parte General*, tomo I, Ed. Thomson-Civitas, pág. 755-774.

(37) Bergua (1946), pág. 484, indicó que de Galicia participó Gómez Rey, quien hizo referencia "a la situación especial de la región gallega que, aun siendo foral de derecho no lo es de hecho."

(38) Montserrat Gámiz (1996), pág. 97, ha dicho que estaba integrada por: "Presidente, Juan Moneva Puyol, Catedrático de Derecho canónico; secretario, Martín Ballester; director, José Lorente Sanz, abogado del Estado y exsubsecretario del Ministerio del Interior; el Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Madrid y antes en la de Zaragoza, Luis Sancho Seral; el notario Francisco Palá Mediano, y el Catedrático de Letras —navarro de origen— José M^a Lacarra, especialista en la historia aragonesa. Los juristas que llevaron el peso de la tarea técnica por sus conocimientos civilísticos acreditados, especialización y prestigio fueron Sancho Seral, Lorente Sanz, Palá y Martín Ballester." Jesús López Medel (1992), "Fernández Cuesta, jurista, reformista, hipotecario, Ministro de Justicia y académico", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 613, noviembre-diciembre, pág. 2570, ha indicado que Lorente Sanz, en 1944, era subsecretario de Gobernación con el Ministro Pérez González.

(39) En la primera referencia que hizo en el Congreso, Serrahima Bofill (2003), 21 de mayo de 1945, pág. 213, explicó: [ORIGINAL EN CATALÁN] "Aquí, en este momento, se acaba de constituir una delegación regional!" De esta delegación según Montserrat Gámiz (1996), pág. 97, formó parte: "Presidente, el que lo era también de la Sala 2.ª de lo Civil de Barcelona, el magistrado Francisco Ximénez de Embrún y Oseñalde. Vocales: Julio Fournier Cuadros, Juan Pastor Mengual, Luis Forés Ferrer, Antonio M^a Simarro Puig, Manuel Goday Prats, José Bertrán y Musitu, José Oriol Anguera de Sojo, Manuel Rius Rius, José Borrell Sol, Juan Martí Miralles, José M^a Pi y Suñer, Enrique Luño Peña, Francisco Bonet Ramón, Joaquín Dualde Gómez, José M^a

Trias de Bes, Ángel Trabal y Rodríguez de Lacín, Benedicto Blázquez Jiménez, Valentín Fausto Navarro Azpeitia, Francisco Sepúlveda Suñer, José de la Torre Añel, Luis de la Torre Arredondo, y secretario, Juan Valls Pallejá."

Serrahima Bofill también anotó el 21 de mayo de 1945: [ORIGINAL EN CATALÁN] "Dice Jordi Olivar que el decano del Colegio de Zaragoza se ha dirigido a Simarro, actual decano de aquí —nombrado por el Ministro, claro está—, para excusarse por ser ellos quienes organizasen el Congreso, que normalmente se debería haber hecho en Barcelona; le ha dicho que aquí sería demasiado fácil que aflorase la palabra *separatismo*."

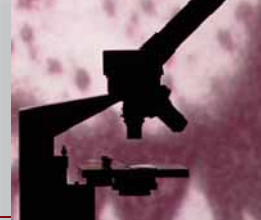
En cambio, Xavier O'Callaghan Muñoz (2000), "La modernització del Dret civil català: un Codi Civil", en *Jornades cap a un Codi Civil de Catalunya*, 1998, Departamento de Justicia, pág. 119, ha explicado otra versión: [ORIGINAL EN CATALÁN] "El tema que se planteó fue: ahora que ya se han calmado los ánimos, que todavía se sigue pensando en la proximidad de la guerra, a ver si ahora no suprimen el Derecho foral. Y este tema se planteó en Cataluña. Los juristas catalanes dijeron: *Nosotros no podemos organizar un congreso, porque si hacemos un congreso hablando de nuestro Derecho Civil podemos salir muy mal parados*. Y los juristas, los civilistas catalanes, hablaron con los civilistas aragoneses y les dijeron: *Vosotros no tenéis peligro de ser tildados de rebeldes, de separatistas, etc.* ¿Por qué no lo organizáis vosotros?, y se organizó en Zaragoza. Incluso juristas de Baleares, Cataluña, etc. de mucho prestigio en aquel momento no se atrevieron a ir a Zaragoza. Estos detalles me los explicó el señor Noguera, que estuvo presente [. . .]. Me decía: *Veíamos muy, muy cerca que el Derecho catalán fuera suprimido por decreto, y que además era muy fácil hacerlo*."

(40) Según Montserrat Gámiz (1996), pág. 96, "La delegación de Cataluña envió dos respuestas [a las encuestas], de distintos grupos de Letrados."

(41) Serrahima Bofill (2003), 21 de mayo de 1945.

(42) Ibídem:

-19 de julio de 1945, pág. 235-236: [ORIGINAL EN CATALÁN] "Cada vez son más los que firman el documento que Jordi y yo hemos redactado para enviarlo a la comisión organizadora del Congreso Jurídico de Zaragoza. Ahora lo han firmado algunos notarios: Farré i Moregó, Trias de Bes y —esenciales como conocedores científicos del Derecho



catalán— Roca Sastre y Ramon Faus. Es curioso que se reúnan firmas tan distintas como la de Estanislau Duran Reynals y la del contrincante Octavi Saltor, las de bastantes personas de la vieja Liga y de carlistas tan notorios como Anglés y Soler Janer, y hasta la de Santiago Torrent, tradicionalmente monárquico y secretario del grupo del barón de Vivier. Todos nos dicen que firman el documento por las valientes afirmaciones que contiene en defensa de nuestro Derecho, sin excluir las leyes dadas por el Parlamento ni la Jurisprudencia del Tribunal de Casación. Donde se producen reacciones contrarias es más bien en algunos sectores de nuestro campo: hay quien dice que nos tildarán de colaborar. ¡No me importa!”

-11 de septiembre de 1946, pág. 346: “Ayer, reunión en el local del Colegio de Abogados para estudiar las enmiendas que hay que presentar a las declaraciones oficiales y a los anteproyectos de acuerdos que nos ha enviado de Zaragoza la Comisión organizadora. Éramos diecisiete abogados —es decir, no muchos—, pero había gente importante: Duran i Ventosa, F. Roda i Ventura, Maynés, Antoni Borrell (hijo), etc. Se nombró una ponencia para redactar las enmiendas formada por Ramon Coll i Rodés, Jordi Olivar, Josep M. Pascual Serres, Alfons Serrallach y yo. Hoy nos hemos reunido en casa de Coll i Rodés —que implícitamente hace las veces de presidente— y mañana tenemos que volver.”

-19 de septiembre de 1946, pág. 347-348: “Hoy he estado en Lérida con Coll i Rodés para vernos con unos cuantos elementos aragoneses de los que organizan el Congreso de Derecho civil. [...] Ahí hemos encontrado a José María García Belenguer, Presidente de la Diputación de Zaragoza, el señor Sancho, rector de la Universidad, y dos diputados provinciales, Muñoz Salillas y Bergua. Entre los que me han parecido de más categoría está Luis Martín-Ballester, Gobernador Civil de Vitoria y secretario general del Congreso [...]. Y, sobre todo, el Notario de Zaragoza, Francisco Palá Mediano. Uno es un miembro dinámico y jefe de la organización, el otro es un miembro competente y un hombre juicioso. Me han confirmado que don Genaro Poza [...] es en Zaragoza abogado y una persona de primerísima categoría. Pero Poza veía las cosas casi como las veo yo; en cambio, temo que los que he conocido hoy no se den cuenta de los peligros que tiene el juego que están haciendo. Solo Palá me ha escuchado

y —aunque un poco sorprendido— se ha interesado por lo que le decía.”

-26 de septiembre de 1946, pág. 348-349: “Definitivamente, voy a Zaragoza para asistir al Congreso, por mi cuenta y sin ninguna representación ni subvención, porque resulta que Coll i Rodés no puede ir hasta el tercer o cuarto día, y no me parece oportuno dejar la batalla en manos de Jordi [Olivar] solo [...]. Como suele suceder, ya hay quien dice que ir al Congreso será un acto de colaboración.”

(43) Según Serrahima Bofill (2003), pág. 383, el número total de congresistas se sitúa entre los cuatrocientos y los quinientos. Olivar Daydí (1946), pág. 3, indica aproximadamente 400. Según Montserrat Gámiz (1996), pág. 98 y Josep M. Mas i Solench (1996), Presentación de la Conmemoración del quincuagésimo aniversario del *Congreso Nacional de Derecho Civil*, celebrado en Zaragoza en 1946, *Anuari de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics*, pág. 90, el número de congresistas llegó a quinientos.

(44) Exposición de Motivos de las Conclusiones provisionales, escrita por José Lorente Sanz (J. Bergua, 1946, pág. 470).

(45) Pla Casadevall (1981a), pág. 419.

(46) Arnau Olivar Daydí (1989), en una Carta al Director de *La Vanguardia*, 5 de abril, expone que su hermano, Jordi Olivar, le comentó que al iniciarse el Congreso constató lo que los juristas catalanes que asistieron ya se temían: la intención por parte de los convocantes de unificar todos los Derechos civiles de España en un Código Civil único.

(47) Serrahima Bofill (2003), 3 de octubre de 1946, pág. 353.

En el mismo sentido, Colomer Marqués (1996), citado en la nota 29, afirmó: “Se mostró fiel a sus principios tradicionalistas de foralidad y defendió con muchas referencias a la unidad de España los derechos de las comunidades forales y la necesidad de reconocer y asegurar la vigencia del derecho viejo como garantía de la libertad y del orden jurídico en las diversas regiones.”

Montserrat Gámiz (1996), pág. 99, opinó: “hizo un discurso de circunstancias, con su grandilocuencia muy siglo XIX, en el que ensalzó el amor a las regiones y a las lenguas vernáculas, así como a las instituciones forales.”

(48) Sobre el desarrollo del Congreso, Lacruz Berdejo (1948), pág. 145-155; Serrahima Bofill (2003), pág. 350-383, y Montserrat Gámiz (1996), pág. 99-107.

Solo queremos indicar aquí, siguiendo a Lacruz Berdejo (1948), pág. 147, que “Funcionó el Congreso [...] en seccio-

nes —de carácter preparatorio— y en reuniones plenarias.

Se agrupaban en seis secciones los congresistas correspondientes al territorio de Derecho común y a los territorios de Derecho foral balear, catalán, aragonés, navarro y vizcaíno. En estas secciones, que funcionaban con plena autonomía, y en la que tenían voz todos los pertenecientes a ellas, se formaba, tras discusiones a veces muy largas, la opinión común de cada una sobre el tema discutido, bien aceptando la conclusión propuesta por la Comisión de Ponencia, bien redactando una enmienda, que había de ser defendida en la sesión plenaria por un orador designado por la misma sección. En dichas sesiones plenarias, pues, la intervención de los congresistas estaba condicionada a la designación de las secciones.

El texto de las conclusiones que llegaba a la reunión plenaria era el formulado por la Comisión de Ponencia, a la vista de las enmiendas que las secciones habían presentado a las conclusiones definitivas. La redacción de este texto tenía lugar después de la reunión de aquellas y antes de la del pleno.”

(49) Miguel Montserrat Gámiz (1979), “El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946: Una actuación histórica de Maurici Serrahima, *La Vanguardia*, 9 de mayo, que menciona una carta que le dirigió Serrahima Bofill.

Según Jordi Olivar Daydí (1946), “El Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza”, *Revista Jurídica de Catalunya*, noviembre-diciembre, vol. L, pág. 22, y Montserrat Gámiz (1996), pág. 98-99, los congresistas catalanes que asistieron fueron los señores siguientes: Antoni Simarro Puig, Pere Arderiu Payerols, Francesc d'Assís Galí Mercé y Antoni Ibáñez Ferran, respectivamente, decano, diputados 3.º y 6.º y tesorero del Colegio de Abogados de Barcelona. Francesc d'Assís Manich Illa, Josep Emili de Maqua Sagnier y Tomás Goñalons Escribá, por la Diputación de Barcelona. Carles Trias Bertran y Enric de Janer i de Duran, teniente de alcalde y secretario del Ayuntamiento de Barcelona. Ramon Coll i Rodés, por la Sección de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona. Francesc d'Assís Condomines Valls y Jordi Olivar Daydí, por la *Revista Jurídica de Catalunya*. Los abogados de Barcelona Rafael Álamo Detuya, Francesc Figuerola Ferrer, Eusebi Llensa Bascú, Josep M. Pascual Serres, Joan Emili Roig Santacana, Maurici Serrahima Bofill, Antoni Ayomat Maresca, Claudi Colomer Marqués y



Miquel Casals Colldecarrera. De Tarragona, Manel Bosch Isant. De Girona, Joan Llobet Llabari y Ferran Foix Quer. De Lérida, Lluís Aigé Corbella y Josep Dufol Abad. De Tortosa, Manel de Prada y Carles de Llanuza Guix-Sala. El juez de Primera Instancia de Figueras, señor Tutau. Los abogados de Terrasa Antoni Vinyals Aguilera y Josep Niubó Olivella, y el de Sabadell Gabriel Casals Pena.

La Mesa de la Sección de Derecho Catalán estuvo integrada por los señores Jordi Olivar Daydí, presidente; Joan Llobet Llabari, vicepresidente; Lluís Aigé Corbella y Manuel Bosch Sanz, vocales, y Maurici Serrahima Bofill, secretario.

Serrahima Bofill (2003), pág. 342, también menciona a Manuel Casals Torres.

- (50) Serrahima Bofill (2003), pág. 358, dirá que: [ORIGINAL EN CATALÁN] “el juego será más de maña, que de sabiduría jurídica.”

- (51) Tercera.- “Debe elaborarse un Código Civil, de aplicación general a todos los Territorios, el cual recoja las tradiciones de los Derechos hispánicos, junto con los principios jurídicos que imponen los supuestos sociales del día, en fórmulas flexibles de autonomía de la voluntad y de opción, atribuyendo a la costumbre el debido rango.”

Se considera indispensable el mantenimiento de ciertos principios e instituciones de los Derechos territoriales o forales que afectan principalmente al Derecho de familia y sucesiones.

Tales principios e instituciones deben ser regulados, no en su forma original e histórica, sino conforme a su observancia actual y según las desideratas del momento presente.

Adecuadamente articulados podrían ser incluidos en el Código civil general en secciones o artículos intercalados en el texto que recojan la variante o, simplemente, que expresen la inaplicabilidad del precepto general a uno o varios territorios.”

Cuarta.- “La elaboración del Código civil general a que se refiere la conclusión anterior, supone el siguiente proceso:

a) La codificación de los derechos territoriales, recogiendo su observancia en la vida real y, singularmente, en los usos convencionales.

b) Un largo período de vigencia de las Leyes territoriales, ya codificadas, que dé lugar a la comunicación de instituciones, usos y costumbres entre las diferentes regiones hasta lograr cierta madurez en el proceso de unificación del Derecho civil español en la vida real.

c) Una labor colectiva y organizada de investigación de los monumentos jurídicos netamente hispánicos y de las instituciones vivas hasta hallar en ellos un *substratum* nacional para poder construir doctrinalmente el Cuerpo de Derecho civil español.” (Bergua, 1946, pág. 474)

- (52) Serrahima Bofill (2003), 7 de octubre de 1946, pág. 378.

- (53) “La realidad y los problemas a que se refieren las anteriores declaraciones hechas por este Congreso, aconsejan una solución que debe ser inmediatamente abordada y que tendría como finalidad la elaboración de un Código Civil que recogiera las instituciones de Derecho común, de los derechos territoriales o forales, y las peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución social.

“La elaboración del Código Civil General supone el siguiente proceso:

a) La compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente. Tales compilaciones podrían hacerse de los actuales proyectos de Apéndices convenientemente revisados.

b) Publicadas las compilaciones y tras el período suficiente de su divulgación, estudio y vigencia, se determinaría el modo material de cómo han de quedar recogidas en el futuro Código General de Derecho Civil español las instituciones a que se refiere el párrafo primero.

c) Una labor colectiva de investigación de las fuerzas jurídicas hispánicas y de estudio de las instituciones vivas, hasta hallar en ellas un *substratum* nacional que permita construir doctrinalmente el Código General de Derecho Civil español.

d) La promulgación urgente de una ley de carácter general que resuelva los problemas de derecho interregional que surgen de la coexistencia de diferentes regímenes civiles en España.

e) La reunión de un nuevo Congreso Nacional de Derecho Civil una vez terminado ese período de convivencia de los distintos Derechos hispánicos, para examinar la forma y carácter del futuro Código General de Derecho Civil.

Incumbiría el estudio y redacción de las instituciones forales o territoriales y las peculiares de algunas regiones y de la modificación en su caso y en su día a los juristas de cada territorio mediante el

organismo adecuado.” (BERGUA, 1946, pág. 484).

- (54) Sobre los criterios de la enmienda que formuló la Sección de Derecho Catalán, Olivar Daydí (1946), pág. 7, afirmó: “De ninguna manera consintieron las Secciones de Derecho balear, catalán, navarro, vizcaíno-alavés, la aprobación de un criterio favorable a la formulación de un Código Civil en el cual se intercalaran artículos o secciones que recogieran las variantes de los distintos Derechos territoriales o que expresaran simplemente la inaplicabilidad del precepto general a uno o varios territorios; ni que se mantuvieran ciertos principios e instituciones de los Derechos territoriales o forales, que afectan principalmente al Derecho de familia y sucesiones; ni que se regularan, no en su forma originaria e histórica, sino conforme a su observancia actual.

La Sección de Derecho civil catalán sostuvo un criterio contrario a una unificación jurídica impuesta y que no respondiera a un sentimiento popular sincero y espontáneo; entendió que la compilación del Derecho civil catalán debía tener en cuenta, no su estado de vigencia actual, porque el Derecho civil catalán se halla actualmente alterado y mutilado por las leyes generales y la jurisprudencia, sino su espíritu y tradición, sin olvidar que debe acomodarse a las actuales exigencias de la vida, que es necesario modernizar su tecnicismo y sistematizar sus disposiciones, hoy dispersas en varias fuentes; y por fin, que estos trabajos de compilación, sistematización y renovación o modernización deben ejecutarse por juristas catalanes.”

- (55) Salvador Coderch (1985), pág. 211-212.

- (56) Olivar Daydí (1946), pág. 14-15, afirmó: “Esta conclusión, que pasó a ser la primera del Congreso, se aprobó por aclamación; y a ello contribuyó muy eficazmente la Sección de Derecho civil catalán con las enmiendas que presentó y las gestiones y trabajos que realizó (reconocidos unánimemente por todos los congresistas), logrando que se rechazara el criterio favorable a un Código civil general de España con artículos o secciones intercalados para el Derecho civil de cada territorio; obteniendo el favorable a la compilación del Derecho civil catalán (de manera que permita el restablecimiento de aquellas instituciones derogadas por la jurisprudencia y las leyes generales) elaborada o realizada por los juristas catalanes; salvando así al Derecho civil de Cataluña del peli-



- gro que le amenazaba y al Congreso de un seguro fracaso.”
- (57) Badosa Coll (2003), pág. 44.
En cambio, en opinión de Lacruz Berdejo (1948), pág. 152, con esta solución se evitó el tener que resolver el problema de si el Código debía ser totalmente único, o bien con secciones especiales para las regiones, o bien con apéndices, o bien si se trataba de un Código de principios generales, como propuso la Sección de Cataluña.
- (58) Camps y Arboix (1958), pág. 313.
Raimundo Fernández-Cuesta y Merele, falangista, amigo íntimo de José Antonio Primo de Rivera, secretario general de Falange Española Tradicionalista y de las JONS, del Cuerpo Jurídico de la Armada y notario. Fue Ministro de Justicia del 20 de julio de 1945 al 18 de julio de 1951 (Equipo Mundo, 1971, pág. 59-60). Véase López Medel (1992), pág. 2565-2574.
- (59) De este texto, Odó Hurtado Marti (1960), “La Codificació del Dret civil català”, *Pont blau, Literatura, art i informació*, n.º 96 a 98, octubre a noviembre, México, pág. 326, diría: [ORIGINAL EN CATALÁN] “Aquí, en México, en la libertad del exilio, a eso, viniendo de quien venía en 1946, lo llamaríamos una cantinflada.”
- (60) Lacruz Berdejo (1948), pág. 146.
- (61) Camps i Arboix (1958), pág. 318.
- (62) Serrahima Bofill (2003), pág. 384, 14 de octubre de 1946: [ORIGINAL EN CATALÁN] “Por la tarde, he ido a ver a don Lluís Duran i Ventosa. Cordial recibimiento de él y de Manel Basté; les han llegado las nuevas y me felicitan. Sin embargo, hay una gran diferencia en el tono de las impresiones que ellos me transmiten. Si el Congreso hubiera durado quince días, ¿habrían permitido que lo mantuviese en mis manos? ¿No habrían venido, unos u otros, a intentar apropiarse del resultado? Comentan la impresión —Jordi me la dio en Zaragoza el último día, sacada de una conversación con Palá— de que los recelos previos que había en el ministro provenían del decano del Colegio de Notarios de Barcelona, Àngel Trabal, que le dio a entender la impresión de que aquí el Congreso había sido mal recibido y que no iríamos y lo sabotearíamos. Dice que, ahora, él se justifica y que dice que lo único que dijo al ministro fue que el Congreso no era oportuno, y que en Cataluña, según cuales fueran —o hubieran sido— los acuerdos, serían mal recibidos y harían daño. Sea como fuere, hay un hecho: Trabal había designado con anterioridad, para ir al

Congreso, a dos notarios no catalanes, Navarro y Burgos y, al final, no fue ningún notario.

Les cuento varios aspectos de detalle que les interesan. [...] Dicen que ahora el trabajo lo tenemos que hacer *nosotros* —¿quién?— y que lo hemos de hacer prescindiendo del Colegio con el fin de crear una Comisión que se imponga para la competencia [...]. Para la Comisión han hablado de Coll i Rodés, de Girones, de Faus, de Roca Sastre. Lo encuentro muy bien. He elogiado a Coll i Rodés y a Jordi Olivar. Y ahora, que hagan lo que quieran. Allí jugué fuerte. Aquí no lo pienso hacer, por ahora.”

-23 de octubre de 1946, pág. 389-390: “El lunes recibí una carta de Luis Martín Ballester, en la que me pregunta qué tiene que decir al Ministro en relación con la manera como ha de constituirse la Comisión que tiene que redactar, en Cataluña, la Compilación de nuestro Derecho, de acuerdo con las conclusiones del Congreso. Se ve que el ministro las querría llevar muy deprisa —y no sé bien cómo— a la práctica. Le contesté por mi cuenta, insistiendo que aquí no hay ninguna corporación oficial que esté en disposición de encargarse de dicha tarea con plenas garantías dado nuestro mundo jurídico; le indiqué la posibilidad de crear algún tipo de entidad que no sea la *sucursal* de nada, y que los nombres que la formasen, escogidos por nosotros, serían lo que le daría una autoridad científica. Le puse, como ejemplo de los que él no conoce, los de Girones, a Roca Sastre y a Ramon Faus —los que el otro día propuso Duran i Ventosa—, y añadí a Estanislau Duran Reynals, para matizarlo más [...]. De los términos en los que está redactada la carta que recibí hemos de deducir que saben cuál es mi manera de pensar. Y Jordi [Olivar] nos ha dado una prueba curiosa de ello. Su hijo Lluís —dom Alexandre—, monje de Montserrat, le ha escrito diciéndole que el abad Escarré ha hablado en Madrid con el Ministro de Justicia, Fernández Cuesta, el cual le ha dicho que estaba muy contento de la actuación de los abogados catalanes en el Congreso, y que ellos le salvaron de un fracaso que se veía venir y, añadió: *¡Y esto a pesar de que eran todos catalanistas!*”

-25 de octubre de 1946, pág. 391-392: “Ayer, a las ocho y pico, reunión en el despacho, para tratar del problema de crear una Comisión redactora para una futura Compilación del Derecho catalán.

Además de mi padre y yo, asistieron: Francesc Girones, Ramon Faus, Ramon Roca Sastre, Lluís Duran i Ventosa, Ramon Coll i Rodés, Jordi Olivar, Pere Arderiu, Quico Galí, Francesc Figuerola y Eusebi Llena [...]. Las opiniones no resultan muy favorables a la creación de una entidad —un Consejo de Estudios de Derecho catalán, análogo al aragonés— porque será muy difícil que consiga el encargo de redactar el proyecto de Compilación si no intervienen elementos ligados al mundo oficial. La mayoría opina que el mejor camino puede ser el de conseguir que la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados sirva para apuntalar la existencia legal de una entidad más concreta. Nos delegan a los tres de siempre, Olivar, Coll i Rodés y yo, para que, junto con Girones y Roca Sastre, estudiemos el modo de llevar a cabo los proyectos que hemos esbozado.”

-7 de noviembre de 1946, pág. 394-395: “El notario Palá de Zaragoza nos ha enviado un anteproyecto de la petición que quieren hacerle al ministro para que ponga en práctica las conclusiones del Congreso y que querrían que firmásemos todos. [...] De hecho, el acuerdo del Congreso dique que encarga *el estudio y la redacción de las instituciones forales o territoriales [...] a los juristas de cada territorio mediante el organismo adecuado*. [...] En cambio, en este anteproyecto de Palá, los aragoneses hablan de juristas nombrados por el ministro y de la intervención, siempre temible, de la Comisión codificadora actual. Quizá sea inevitable, pero creo que no debemos facilitar al gobierno la fórmula para *dar la vuelta* a las conclusiones del Congreso. En este sentido, he escrito particularmente a Palá, y también a Aizpún, que ya me dio la alarma. Girones, cuando lo leyó, dijo: *Esto es obra de Blas Pérez*. Creo que lleva razón: el grupo de Martín Ballesteros volvió a imponerse al de Poza, de Moneva, de los miembros jóvenes y del mismo Palá. Tenemos que evitar caer incautamente en la trampa. Ahora bien, por otro lado, de momento no lo podemos abandonar.”

-9 de noviembre de 1946, pág. 395: “La Comisión de Cultura del Colegio de Abogados ha aprobado —con enmiendas— el proyecto que le llevamos y ha nombrado para la Comisión de Derecho, que en principio es el núcleo de una ponencia redactora, a Coll i Rodés, a Girones, a Roca Sastre, a Jordi Olivar y a mí; es decir, a los que fuimos designados en la reunión que mantuvimos en el despacho hará cosa de un mes. Ha nombrado



también una comisión *de enlace* [...]. Puede ser una primera base para dar un estado oficial a nuestra actitud.”

-15 de noviembre de 1946, pág. 397: “A las siete, en el Colegio. Me encuentro con que Girones se ha excusado y que Roca Sastre no ha asistido. Figuerola ya tenía redactada una nota para dar publicidad a lo poco que hacemos y, sobre todo, a los nombres, pero Simarro, diplomáticamente, le ha parado los pies. Se ha dado cuenta de lo que representan las dos ausencias.”

-30 de noviembre de 1946, pág. 408: “Por la tarde, en casa de los Olivar, donde está Félix Pons Marqués, el abogado de Palma que presidió la sección mallorquina en Zaragoza. Dice que los aragoneses le han indicado que el ministro querría legislar sobre las conclusiones del Congreso, *del modo que pidan las regiones*. Y el mismo opina que, dada la imposibilidad de hacer que el régimen actual contemple la facultad legislativa de cada una en materia de Derecho civil —que es, en definitiva, lo que implícitamente pide el texto aprobado por el Congreso—, debe de tener la esperanza de que unas nuevas peticiones se queden más cortas y que, de es modo, las *regiones* se sometan por sí mismas y él pueda decir que ha cumplido lo que el Congreso acordó. Por tanto, opina, como yo, que hay que aguantar con fuerza. Si quiere legislar, que lo haga él y que no nos moleste. Quizá esté exagerando, pero no demasiado.”

(63) BOE n.º 163, de 12 de junio de 1947, pág. 3339.

(64) Puig Ferriol y Roca Trias (1979), pág. 124.

(65) Salvador Coderch (1981), pág. 100, nota 233.

(66) Puig Ferriol y Roca Trias (1979), pág. 125.

(67) Salvador Coderch (1985), pág. 211.

(68) BOE n.º 180, de 29 de junio de 1947, pág. 3652.

(69) BOE n.º 212, de 31 de julio de 1947, pág. 4311.

(70) Art. 2 del Decreto de 23 de mayo de 1947.

(71) Serrahima Bofill (2003), 27 de junio de 1947, pág. 454-455: [ORIGINAL EN CATALÁN] “Esta tarde, en el Colegio de Abogados, ha habido reunión del grupo que todavía habla del organismo que hay que crear para redactar la futura posible Compilación del Derecho catalán. El Decreto del mes pasado sobre la formación de las Comisiones y ahora las precisiones para que las Corporaciones públicas propongan a los miembros, no resuelven el problema: ¿quiénes serán los nombrados? Hace unos días fui a ver

a Simarro y le planteé abiertamente las dificultades que mi manera de pensar me produce para seguir la senda que todo esto ha tomado. Entendí mi punto de vista. Y hoy, en la reunión, les he dicho que no contasen conmigo para este tipo de cosa que todavía pretenden crear. Todo tiene un límite.”

-7 de agosto de 1947, pág. 458-459: “El martes tuvimos una reunión en casa de Roca Sastre —quién sabe si será la última— los cinco que formamos la comisión oficiosa, nombrada el año pasado, para preparar el modo como debe hacerse —si es que acaba por hacerse— la futura Compilación de nuestro Derecho; es decir, Roca Sastre, Girones, Coll i Rodés, Jordi Olivar y yo. La dificultad de cualquier iniciativa y la actitud de las corporaciones barcelonesas en cuanto a proponer nombres al ministro han generado en nosotros un fuerte escepticismo.”

(72) Serrahima Bofill (2003), 29 de septiembre de 1947, pág. 466-467, expone: [ORIGINAL EN CATALÁN] “Nos hemos reunido en Montserrat un grupo de abogados de los que estamos interesados en llevar a cabo la labor iniciada en el Congreso de Zaragoza. Estaban Luis Arellano, Cesáreo Sanz Orrio, Galán y Salinas, navarros; Joan Moneva i Puyol, Francisco Palá, José Luis Lacruz, Miguel Montserrat y Sancho Izquierdo, aragoneses; Félix Pons i Marqués, de Mallorca y, de los nuestros, Ramon Coll i Rodés, Jordi Olivar, Pere Arderiu y yo.

No hemos conseguido que viniesen Girones, Roca Sastre, etc., porque después de un año, nadie ve claro qué pasará con todo esto. Yo mismo no estoy nada tranquilo. Pero no quiero abandonar en la parte en la que podamos intervenir los que estuvimos en el Congreso; no quiero dar la impresión de una deserción. Por lo que dicen, parece que el ministro estaría dispuesto a nombrar él mismo, oficialmente, en cada territorio con Derecho especial, a los juristas de más categoría, sean del color que sean. Pero, claro, primero alguien tiene que proponérselos. Y, ¿quién se los tiene que proponer? En cuanto a los navarros e incluso los aragoneses, bien. Pero las Corporaciones y las Juntas de los Colegios que tenemos en nuestra tierra, ¿a quién propondrán? [...]. Además, todo lo que hagan las Comisiones nombradas tendrá que pasar por el *rasero* de la Comisión de Codificación en Madrid; los navarros dicen que no piensan tocar nada, pero Coll i Rodés y yo, y Pons, y

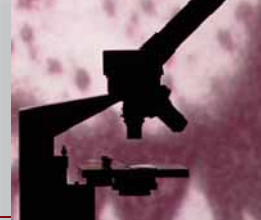
muchos de los aragoneses no lo vemos tan claro, ni mucho menos.”

-Una copia del acta de la reunión, sin firmar, se publicó en la *Revista de Derecho Civil Aragonés* (1999-V, n.º 2), pág. 373-377, gracias al Dr. Luis Martín-Ballestero Hernández, profesor titular de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, hijo del Dr. Luis Martín-Ballestero Costea, que en la fecha del documento era secretario de la Comisión Compiladora Aragonesa.

(73) BOE n.º 56, de 25 de febrero de 1948, pág. 739. También fueron nombrados: presidente, Frederic Parera Abelló; vocales, Lluís G. Abadal Corominas, Lluís Aigé Corbella, Josep Oriol Anguera de Sojo, Francesc Bonet Ramon, Albert Díaz de Brito Artigas, Josep M. Fàbregas Cisteré, Jaume Foraster Aldomà, Lluís Hernández Palmés, Josep Ixart de Moragas, Francesc d'Assís Manich Illa, Josep Emili Maqua Sagnier, Faust Navarro Azpeitia, Jordi Olivar Daydí, Josep Pagès Costart, Adolf Serra Castell, Lluís Serrahima Camin, Antoni M. Simarro Puig, Josep M. Simón Rivella, Josep Sol Vallespí, Àngel Trabal Rodríguez de Lacín y Salvador Ventosa i Pina.

(74) Serrahima Bofill (2004a), 4 de marzo de 1948, pág.18 : [ORIGINAL EN CATALÁN] “Ayer reunión en casa de Borrell i Soler a consecuencia de la Orden Ministerial de 10 de febrero, que nombra a los miembros de la comisión compiladora del Derecho catalán. Tal y como ha ido, me resultará difícil escapar. De acuerdo con la Orden de 24 de junio, las distintas corporaciones —Ayuntamiento, Diputación, Colegio de Abogados y de Notarios, etc.— fueron proponiendo candidatos. A mí no me propuso nadie. Pero, para sorpresa general, y además de mi padre —ya previsto—, yo también estoy en la lista de los nombrados. Soy el único que sale nombrado sólo con el nombre y el primer apellido; eso quiere decir que me ha designado alguien que ignora el segundo [...]. ¿Quién ha sido? He de suponer que la razón del nombramiento es mi actuación en el Congreso de Zaragoza. Por lo tanto, alguno de los asistentes ha debido de proponerme al ministro. Creo que ha sido Luis Martín Ballestero. Me gustaría saberlo. Aquí, quizás molestaba a alguien. No obstante, hay quien se fía de mí; por ejemplo, Roca Sastre y Girones. Ellos no han sido nombrados —es absurdo—, aunque alguien me dice que estaban entre los propuestos.

[Confirmó que había sido propuesto por Luis Martín-Ballestero Costea más ade-



lante (*ibídem*, pág. 342, 16 de octubre de 1955).]

Ayer nos vimos en casa de Borrell. Estábamos Anguera, Duran i Ventosa, Coll i Rodés, Maspons, Jordi Olivar y yo. Vi a don Lluís Duran muy animado; le gustaría acabar el texto bien deprisa. Dice que sería un éxito político. Yo no lo veo como él. Diría que, al contrario, conviene trabajar con calma porque de lo que se trata es de la eficacia jurídica de cara al futuro. No podemos entregar un texto hasta que tengamos la certeza de que está bien hecho."

- (75) También fueron nombrados: Josep M. Castelló Madrid y Elpidi Lozano Escalona, para sustituir sucesivamente al primer presidente de la Audiencia, y como vocales, Antoni Ferrer Pi, Joan Maluquer Rosés, Carles Obiols Taberner, Josep M. Pi i Sunyer y Josep M. Vilardaga Pujol. (Camps i Arboix, 1958, pág. 322, y Agustí Bassols Parés, 1992, "Vers la codificació del Dret civil català. La reforma prèvia de 1984". Discurso de ingreso a la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, ed. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, pág. 19).
- (76) Pla Casadevall (1981a), pág. 424.
- (77) Ramon Nebot (1960), "La Compilació del Dret civil de Catalunya", *Pont blau, Literatura, art i informació*, n.º 94, agosto, México, pág. 273.
- (78) Serrahima Bofill (2004a), 3 de mayo de 1948, pág. 31.
- (79) Camps y Arboix (1958), pág. 320 y Puig Ferriol y Roca Trias (1979), pág. 127.
- (80) Camps y Arboix (1958), pág. 320, y Jardí Cassany (1992), pág. 273.
- (81) Serrahima Bofill (2004a): 8 de marzo de 1948, pág. 21: [ORIGINAL EN CATALÁN] "A las once, reunión en la Audiencia — en la sala que era de nuestro Tribunal de Casación— para la constitución de la Comisión compiladora. Nos han nombrado secretarios de redacción a Mans y a mí, y secretario de actas —Simarro lo ha recalcado bien— a Jordi Olivar. Le ha sentado mal, y a mí también. Pero a mí, ser secretario no me interesa —demasiado atado, demasiado comprometido, y no veo que me pueda llevar lo bastante bien con el equipo—; intentaré escapar del cargo y dejar así el campo libre a Jordi para que lo ocupe él, aunque sólo sea de hecho."
- (82) Preámbulo de la "Versió oficial del Projecte de Compilació de 1955", en *Projecte d'Apèndix i materials precompileris del Dret civil de Catalunya* (1985), Textos Jurídics Catalans, Lles i Costums VI/2, Departamento de Justicia, Barcelona,

pág. 768. Camps y Arboix (1958), pág. 320, y Puig Ferriol y Roca Trias (1979), pág. 126.

- (83) Serrahima Bofill (2004a), 10 de marzo de 1948, pág. 22: "A las cinco, reunión, en el Colegio de Abogados, de la Comisión compiladora del Derecho civil catalán. Faltaba bastante gente. Todos sin excepción divagamos un poco, y no seré yo quien se oponga. Creo que no debemos ir deprisa, y esto contribuye a ello. Sin embargo, hay que estar atentos a que el grupo que sigue a don Lluís [Duran i Ventosa] no consiga un predominio a base de proponer, improvisadamente, un texto que haga efecto."
- (84) Salvador Coderch (1985), pág. 212.
- (85) Pla Casadevall (1981a), pág. 420, dirá que se produjeron: [ORIGINAL EN CATALÁN] "muchos tira y afloja locales, entre los partidarios de salvar todo lo posible y los juristas sentimentales, que por un exceso de afecto defendieron un inmovilismo jurídico que representaba la muerte ineluctable de nuestro Derecho."
- (86) Pla Casadevall (1981a), pág. 425, opinó que Duran i Ventosa quería, y se entiende, mantenerse en la línea del articulado de su padre, Manuel Duran i Bas.
- (87) O.S., (1955) en la necrológica que escribió para Duran i Ventosa, *Revista Jurídica de Catalunya*, enero-febrero, pág. 48, dijo: "Desgraciadamente la máxima ilusión de Duran Ventosa, que era la de ver presentado y promulgado el texto del Apéndice con sus ojos humanos, no le ha sido permitida."
- (88) Serrahima Bofill (2004a): -3 de mayo de 1948, pág. 31: [ORIGINAL EN CATALÁN] "Reunión de la Comisión compiladora del Derecho catalán. Mi padre ha sido nombrado presidente de la que tiene que estudiar los textos legales sobre *Obligaciones y contratos*; muy contento por el honor; tendrá muy poco trabajo —por la poca extensión de la materia en el Derecho catalán—. (¿Acaso se han dado cuenta de que ya flaquea?) La de *Sucesiones* le ha tocado, y es justo, a Borrell i Soler. En cambio, parece estar fuera de lugar el hecho de que la de *Cuestiones generales* haya sido encargada a Anguera de Sojo; creo que será más un obstáculo que una ayuda. Es cierto que quizá vaya bien; así todo irá con más calma. No conviene para nada que el proyecto de Compilación se acabe con prisas, digan lo que digan Jordi Olivar y don Lluís Duran i Ventosa. [...] Intentaré frenarlos. Han quedado dos comisiones por nombrar."

- 6 de mayo de 1948, pág. 32: "El otro día, en la reunión de la Comisión compiladora del Derecho catalán, la indecisión de los presentes permitió —aunque intenté evitarlo— que fueran nombrados presidentes de las dos secciones que faltaban —*Derecho de Familia y Derechos Reales*— Simarro y el catedrático Bonet. ¡Absurdo! Si son estos los que tienen que defender el Derecho catalán, ¡estamos apañados! Ahora más que nunca hay que frenar la actuación de la Comisión para esperar mejores momentos. Como mínimo, para ver cómo se incorporan Roca Saster, Girons y otros que son indispensables."

- 10 de mayo de 1948, pág. 33: "Hoy he hablado largo y tendido con Roca Sastre sobre los problemas de la Compilación del Derecho catalán. Él prefiere no entrar en una Comisión que considera ineficaz. Pero yo creo que, si mejorásemos la composición, se dejaría llevar. Y, si queremos hacer bien el trabajo, es indispensable que esté en la Comisión."

- 11 de junio de 1948, pág. 37: "Viaje relámpago a Zaragoza [...]. Veo a los amigos del Congreso, no están muy entusiasmados con las Comisiones compiladoras. Me aconsejan que nos demos mucha prisa. De acuerdo."

- (89) Ramon Faus Esteve y Francesc d'Assís Condomines Valls (2003), *Comentaris a la Compilació del Dret civil de Catalunya*, edición facsímil de la primera, 1960, presentación de Robert Follià Camps, *La Notaria*, n.º 2, Col·legi de Notaris de Catalunya, pág. 10 (en lo sucesivo, 1960b).
- (90) Pla Casadevall (1981a), pág. 420.
- (91) Según el Preámbulo del Anteproyecto de 1955, *Projecte d'Apèndix i materials precompileris* (1985), pág. 768: "Después de varios años de labor en la Comisión, y con el fin de acelerar el trabajo encargado, el Sr. Decano del Colegio de Abogados de Barcelona, y Vocal de la Comisión, D. Francisco de A. Condomines Valls, confirió el encargo a la Comisión de Cultura de dicho Colegio de Abogados que preparara un Anteproyecto, tomando como base el Proyecto de Apéndice de 1930 y las enmiendas elaboradas por la Comisión compiladora, cuyo texto fue preparado por el Vocal D. Jaime M. Mans. En la reunión plenaria celebrada por la Comisión el día 12 de diciembre de 1952, bajo la presidencia del Excmo. Sr. D. José María Castelló Madrid, se presentó por varios señores Vocales el citado Anteproyecto de exposición y articulado de la Compilación, el cual fue impreso y repartido entre todos los miembros de la Comisión, acordán-



dose tomarlo como base para la redacción del Proyecto definitivo.”

Del Anteproyecto de Compilación de 1952 hay una edición de la *Casa Provincial de Caridad* de Barcelona, 1953.

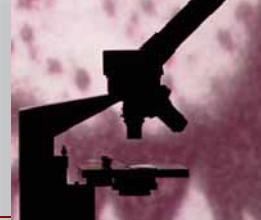
- (92) Salvador Coderch (1985), pág. 213, y Lluís Puig Ferriol (1996), “Origen i desenvolupament de la Compilació del Dret civil de Catalunya”, *Conmemoración del quincuagésimo aniversario del Congreso Nacional de Derecho Civil*, celebrado en Zaragoza en 1946, *Anuari de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics*, pág. 115.
- (93) Camps y Arboix (1958), pág. 323, y Faus Esteve y Condomines Valls (1960b), pág. 10.
- (94) Pla Casadevall (1981a), pág. 420.
- (95) Serrahima Bofill (2004a), 12 de noviembre de 1953, pág. 321: [ORIGINAL EN CATALÁN] “Hemos conseguido la prórroga para los trabajos de la Comisión que ha de redactar la Compilación del Derecho civil catalán. Y que las vacantes que hay —por la muerte de mi padre, de Anguera, de Martí Miralles, etc.— hayan sido ocupadas, por Pi Sunyer, por Maspons, por Faus, por Condomines, por Porcioles, por Joan Maluquer Rosés y —al último lo hemos convencido— por Roca Sastre. La consecuencia es que, en la sesión de esta mañana, se ha rechazado la idea de presentar como proyecto el de 1930 más o menos enmendado —defendida por el grupo de Duran i Ventosa—, y hemos decidido que tenemos que redactar, con total libertad, una Compilación hecha completamente desde cero. Por fin, empiezo a estar tranquilo.”
- [Según la Orden de 10 de febrero de 1948, se nombraron, entre otros, a Condomines, Faus, Maspons y Porcioles.]
- En cambio, en opinión de Camps y Arboix (1958), pág. 325, Puig Ferriol y Roca Trias (1979), pág. 128, Salvador Coderch (1985), pág. 214, nota 157, Puig Ferriol (1996), pág. 115, y Badosa Coll (2003), pág. 44, la Subcomisión empezó a trabajar el 12 de noviembre de 1953.
- (96) Acta de la reunión de la Comisión de Juristas para la Compilación del Derecho Foral [sic] de Cataluña de 15 de febrero de 1954. En esta sesión fue nombrado secretario de actas de la Comisión el señor Josep M. Pou d'Avilés, en sustitución del señor Jordi Olivar Daydi, que había muerto.
- También consta que el Pleno anterior se celebró el día 12 de noviembre de 1953. Agradezco a Anna Llanza de Sicart, directora del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, que me haya facilitado la consulta de esta acta, y de

las otras que se mencionan, de las que le facilitó copia el señor Xavier Pou de Avilés Sans, hijo del señor Josep M. Pou d'Avilés.

- (97) Se produjo una discusión entre los partidarios de la calma y los que tenían prisa para que se aprobara el Anteproyecto, entre los que se encontraban Duran i Ventosa, quien objetó que: “De las manifestaciones del Sr. Maspons parece desprenderse que aún hubiera de empezar la labor, y de lo que se trata ahora es de ultimarla: existe un Anteproyecto que se acordó tomarlo como base de la labor ulterior, y en este sentido pasó a la Subcomisión, la cual ha presentado otro; y ahora el pleno habrá de escoger entre ambos.” Condomines Valls replicó que: “En vista de los materiales presentados, los Vocales de la Comisión en los próximos días podrán formar opinión sobre los mismos para preparar una decisión final.”
- (98) Acta de la reunión del Pleno de la Comisión de Juristas de 12 de marzo de 1954.
- (99) Formaban parte de este grupo los vocales Borrell i Soler, Bonet Ramon, Mans Puigarnau, Pou d'Avilés, Ferrer Pi, Pagés Costart, Hernández Palmés, Fàbregas Cisteré, Simón Rivella y Abadal Corominas.
- (100) También asistieron a este Pleno: Faus Esteve, Maluquer Rosés, Pi Sunyer, Porcioles Colomer, Roca Sastre y Serrahima Bofill. Se excusaron Anguera de Sojo, Borrell i Soler y Simarro Puig.
- (101) Duran i Ventosa manifestó: “La propuesta del señor Condomines le parece aceptable en conjunto, pero insiste en que en todo caso debe tomarse como base el texto del Anteproyecto.”
- El Presidente de la Comisión de Juristas, Castelló Madrid, propuso: “esta Comisión delegada podría estar integrada por los señores Duran, Roca Sastre, Faus, Mans, Porcioles y Condomines, y podría estar presidida por el propio presidente de esta comisión de Juristas.”
- (102) Según Ramon Faus Esteve (1959), “Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación”, conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Barcelona, recogida como anexo en *Comentaris a la Compilació del Dret civil de Catalunya* (2003), pág. d) y e) : “Nuestra Comisión trabajó en un ambiente nacional muy distinto a las anteriores, pues se observa en los últimos años un respeto cada vez mayor hacia las instituciones y los derechos forales, mientras aumentan las críticas y censuras al Código Civil [...]. Además, el Tribunal Supremo, cuya tendencia uniformista era tan criticada

por juristas aragoneses y catalanes, se ha convertido en la Autoridad judicial más respetuosa, no sólo para la forma de las instituciones forales, sino para su fondo jurídico y científico, que ha enriquecido con sólida y clara doctrina. [...]. Si se coteja el texto de la Ley de Bases de 1888 con el del Decreto de 23 de mayo de 1947, se ve hasta qué punto ha variado la literatura jurídica oficial, pues a los recelos del primero se opone el siguiente párrafo del preámbulo del Decreto de 1947: *La coexistencia en España de diversos ordenamientos jurídicos revela, en su variedad, la riqueza de nuestra tradición jurídica* [...]”

- (103) Acta de la reunión de la Comisión Delegada de 13 de julio de 1954.
- (104) Acta de la reunión de la Comisión Delegada de 22 de julio de 1954.
- (105) Acta de la reunión de la Comisión Delegada de 26 de agosto de 1954. La reunión siguiente se convocó para el día 14 de diciembre de 1954, si bien no disponemos de ninguna copia del acta. El acta posterior que hemos podido consultar es la de la reunión del Pleno de la Comisión de Juristas con fecha 13 de octubre de 1955.
- (106) El acta del Pleno de la Comisión de Juristas de 13 de octubre de 1955 recoge que: “El señor Condomines da cuenta de la labor llevada a cabo por la subcomisión nombrada en virtud del acuerdo de la sesión plenaria anterior, y que ha revisado el Anteproyecto y reelaborado el régimen económico familiar y sucesorio, exponiendo que se ha trabajado cerca de un año, y a razón de tres veces por semana. Manifiesta que será necesario, sin embargo, una nueva revisión de estilo del Proyecto impreso, pero que ello podrá hacerse ya en el seno de la Comisión de Códigos o en las Cortes. Señala que el Proyecto es algo más extenso que el anteproyecto (569 artículos), si bien cree no tiene una extensión desmesurada, teniendo en cuenta la importancia de la obra y que las leyes actuales son de un articulado muy copioso y abundante. Si no se trata de una obra perfecta, al menos cumple la finalidad de poner de relieve de un modo claro el Derecho vigente en nuestra región, y sin duda es acertado entregar el Proyecto oficialmente a S.E. el Jefe del Estado, aunque tenga que revisarse o corregirse posteriormente.”
- (107) En este sentido, Francesc d'A. Condomines Valls (1955), “Una buena obra”, *La Vanguardia* de 15 de octubre, donde, además, afirmó que: “La entrega del Proyecto de Compilación a S.E. el Jefe



del Estado es un hecho trascendental: el texto será o no a juicio de los técnicos una obra buena. Pero, con absoluta seguridad, su conclusión y entrega es una buena obra.”Y añade: “Con la fulgurante rapidez de la evocación de otros tiempos, pensamos en las dificultades que siempre entorpecieron un tan necesario trabajo, en las resistencias sordas que pretendían trasladar a campo distinto del suyo propio lo que esencialmente es jurídico; de cómo se mantenía una situación cada vez más confusa por quienes, por otra parte, intentaban aparecer como paladines de la conservación del Derecho autóctono.”

En este artículo también habló de *amor a las grandes tradiciones de España y de tradición veneranda*.

- (108) Serrahima Bofill (2004a), pág. 341-344, 16 de octubre de 1955: [ORIGINAL EN CATALÁN] “Anteayer di un paso preocupante, pero de algún modo interesante: fui, con la Comisión Compiladora del Derecho catalán, a presentar el texto definitivo a Franco. Después de las prisas con las que el año pasado trabajamos —dediqué a ayudar a Roca Sastre una exorbitante cantidad de horas— todo había quedado encallado. La Compilación estaba hecha, pero faltaba una revisión general —que Roca quería encargar a Carles Obiols— y un repaso para la corrección de estilo. Incluso el proyecto de preámbulo, que Roca me encargó, no se había aprobado ni modificado. Así las cosas, y con motivo de la estancia de Franco aquí, a Condomines se le ha ocurrido que presentarle el texto era una manera de dar estado a la cuestión y de favorecer una aprobación rápida y completa. Quizá tenga razón, porque esta gente ha venido con la idea de complacernos: habían tenido el propósito de eliminar el catalanismo y de convertir a Barcelona en una capital de provincia, y no lo han conseguido, y ahora entienden que tienen que tenernos contentos, porque descontentos somos un peligro. Y, para contentarnos, nos ofrecen cosas que quizás son buenas de por sí —el puerto, la electrificación de los trenes, el túnel de la calle Aragón, etc.—, pero que no son las que el país desea, ni mucho menos. Y la aprobación de la Compilación puede entrar en lo que ellos piensan que es complacernos: no presenta ninguna concesión de principio —porque el Derecho civil catalán está vigente— y a la vez parece que sería darnos algo que siempre hemos considerado nuestro. No sé. En cualquier caso, han man-

dado imprimir rápidamente el texto tal y como estaba y nos convocaron para acordar su aprobación y para decidir —ya se había decidido— la presentación a Franco. Fui a la reunión, presidida por el Presidente de la Audiencia; se aprobó el texto —con una mala cara tremenda del pobre Mans, autor del texto anterior, y que no osó votar en contra— y se decidió ir a llevarlo. [...] La ceremonia, nada: protocolaria. Franco respondió con la *fórmula favorable*, bien dicha; se aprecia en él la experiencia de quien ya hace años que hace lo mismo.

Los que fuimos a la ceremonia éramos: el presidente de la Audiencia, Condomines, Faus, Porcioles, Vilardaga, Ferrer Pi, V. F. Navarro Azpeitia, J. Maluquer, Pou d’Avilés, Bonet; J. M. Pi Sunyer, Roca Sastre y yo. Ahora parece que, porque haya ido, vendrán las protestas de los puritanos. Era previsible y me preocupa poco.”

- (109) Faus Esteve y Condomines Valls (1960b), pág. 12; Mirambell Abancó y Salvador Coderch (1995), pág. 761 Puig Ferriol (1996), pág. 116, y Badosa Coll (2003), pág. 44.
- (110) Camps y Arboix (1958), pág. 350-35; Puig Ferriol y Roca Trias (1979), pág. 133, y Bassols Parés (1992), pág. 18.
- (111) Juan Francisco Lasso Gaité (1978), “Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (1960)”, a *Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, pág. 672.
- (112) Faus Esteve y Condomines Valls (1960b), pág. 12, indican que la Sección Especial de la Comisión General de Codificación estaba formada por José Castán Tobeñas, presidente de la Comisión General de Codificación y del Tribunal Supremo, del que era presidente; Rafael Rubio, magistrado, presidente de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo; Francisco Bonet Ramon, magistrado de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, que, como catedrático que fue de la Universidad de Barcelona, había formado parte de la Comisión de Juristas catalanes; Pablo Jordán de Urríes, subdirector general de los Registros; Santiago Pelayo Hore, notario, y Francesc d’Assís Condomines Valls, abogado. Actuaba como secretario el de la Comisión General, Marcelino Cabanas.
- (113) Lasso Gaité (1978), pág. 672, explicó: “Redució a 407 artículos la Sección especial de la Comisión codificadora, la extensión del texto enviado por la Comisión de juristas que constaba de 569 artículos en el estudio llevado a cabo

desde el 9 de abril de 1956 a febrero del año siguiente.

Como ponentes nombrados por la Sección especial, revisaron Bonet y Cabanas el texto acordado, reduciendo en los meses de febrero y marzo la extensión del anteproyecto citado a 373 artículos, y así fue aprobado por la Sección especial el 27 de abril —en total más de 30 sesiones— después de examinar un borrador de exposición de motivos.

“Sometido el anteproyecto al informe de los juristas catalanes, dio su conformidad la subsección delegada con fecha 14 de junio de 1957, enviando algunas observaciones Roca Sastre sobre sucesiones el 27 de septiembre y otras Porcioles sobre heredamientos, examinadas por la Sección especial en diciembre siguiente. Con las rectificaciones admitidas y otras que propusieron los vocales, se encomendó la revisión del anteproyecto a una subcomisión compuesta por Castán, Bonet y Cabanas, que además redactó la exposición de motivos. Aceptado su trabajo por la Sección especial, aprobó el anteproyecto el Pleno de la Comisión celebrado el 23 de junio de 1958.

Rechazó el Pleno el voto particular formulado por Condomines sobre las normas de integración, por estimar que correspondía su fijación al Código Civil. La doctrina, dijo el Presidente, apenas concede importancia a las fuentes rechazadas como interpretativas, sino a la jurisprudencia y a la doctrina científica. *Insistió en la necesidad de proceder sin prisas ni causando daño a los derechos regionales por lo mucho bueno que contienen en sus peculiaridades compatibles con la tradición jurídica nacional, mejor conservada en los derechos forales que en el Código Civil.*” (Cuaderno de Plenos n.º 4, pág. 139)

- (114) Antonio Iturmendi Bañales, Ministro de Justicia del 18 de julio de 1951 al 7 de julio de 1965, abogado del Estado, carlista. (Equipo Mundo, 1971, pág. 233-235) En opinión de Claudio Colomer Marqués (1993), “Un liderazgo catalán”, *La Vanguardia*, 12 de septiembre: “A Iturmendi le correspondía la tarea de lograr la autorización del Jefe del Estado para pasar el texto a la aprobación del Consejo de Ministros. No fue fácil, teniendo en cuenta que aquel Consejo estaba constituido por ministros más partidarios de la unidad uniforme de España que del reconocimiento del hecho de nuestra unidad plurinacional.”
- Pla Casadevall (1981a), pág. 421-422, hablaría de una cierta complicidad de

Iturmendi y Serrahima Bofill (2004b), 26 de septiembre de 1960, pág. 163, se referiría “a la modesta decencia del Ministro”.

- (115) Josep M. Pi Sunyer (1960), “La Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, como logro romántico de los abogados catalanes”, *Revista Jurídica de Catalunya*, julio-agosto, pág. 420. En el mismo sentido, Josep Lluís Sagarra Zacarini (1996), *Papers d'un advocat*, Ed. Proa, Barcelona, pág. 168, explicó: [ORIGINAL EN CATALÁN] “Josep M. Pi i Sunyer, decano del Colegio de Abogados, visitó al Ministro Iturmendi. Este le dijo que ante un dictamen de la Comisión de Códigos se veía impotente, pero que haría lo que fuera necesario para que la Ponencia de las Cortes quedase constituida por personas que diesen crédito a los juristas catalanes.”
- (116) Jaume Fabre i Josep M. Huertas (1982), “Porcioles, *Ministre de Franco* a Barcelona”, entrevista a *L'Avenç*, n.º 48, abril, pág. 247, citados por Ignasi Riera (1998), *Els catalans de Franco*, Ed. Plaza y Janés, Barcelona, pág. 294-295.
- (117) Sobre el papel de Porcioles en la Compilación, las opiniones han sido dispares.
- Josep Pla Casadevall (1981b), *Homenots, segona sèrie*, José M^a. de Porcioles, Ed. Destino, Barcelona, 2.ª ed., pág. 496, se limitó a decir lo siguiente: [ORIGINAL EN CATALÁN] “La llegada del señor Porcioles a Barcelona, 1948, dio origen a algunas primeras decisiones, derivadas del bagaje jurídico, indiscutible, que va ligado a su persona y a su figura de jurisconsulto, que es eminente. Fue elegido miembro de la Real Academia de Jurisprudencia de la ciudad y, coincidiendo con su presencia, comenzó una nueva etapa de los trabajos para la redacción del Proyecto de Compilación del Derecho Civil Catalán. Estos trabajos duraron 10 años —el decenio 1950-1960— y, junto con los notarios Faus y Roca Sastre, el señor Porcioles fue uno de sus ponentes permanentes.”
 - Serrahima Bofill (2004b), pág. 331, indica que Pla le dijo que Porcioles habría querido que hablase de ello en *el papel* que le dedicó, porque así se le habría atribuido la obra compiladora, pero que el no se fío y no quiso hacerlo.
 - El mismo Serrahima, *ibidem*, pág. 163, considera que la Compilación había salido mejor de lo que tenían previsto, en parte, por el “ataque final, disperso, pero inesperadamente enérgico de Porcioles.”
 - Faus Esteve (1960a), pág. 430, sostuvo: “Respecto a José M^a de Porcioles, no

sólo tuvo a su cargo la parte más difícil, por ausencia de textos, y menos trabajada en los anteriores Apéndices (los here-damientos), sino que en la Comisión de las Cortes actuó con una competencia y eficacia extraordinarias, y gracias a ello, y a su abnegación, optimismo y entusiasmo sin límites, es ya realidad lo que hasta hace poco parecía irrealizable aspiración.”

- Per Josep M. Puig Salellas (1993), “Porcioles, una perspectiva jurídica”, *La Vanguardia*, 12 de septiembre, “La intervención de Porcioles en la promulgación de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña —se ha dicho— fue también importante, pero ha de ser situada en sus justos términos. Los trabajos venían de lejos y el texto redactado por juristas catalanes contenía 534 artículos. Era demasiado para quienes entendían —y siguen entendiendo aún— que el Derecho Civil de este país era un mero apéndice del que se contiene en el Código Civil.

Porcioles era ya alcalde de Barcelona y procurador en Cortes y es entonces cuando su actuación deviene crucial. Ante el rechazo de la Comisión de Justicia de las Cortes, intercede ante el Jefe del Estado y se traslada a Andorra con Roca Sastre, Faus y el entonces reciente notario barcelonés Lluís Figa Faura, quienes en un fin de semana, rehacen el texto compilado, suprimiendo lo inevitable y embutiendo todos los demás en un total de 344 artículos, que resultó ya tolerable para el centralismo de entonces. Es evidente, pues, que la actuación de José M^a de Porcioles en el marco de la creación legislativa fue importante.” A continuación, establece una sutil crítica en relación con su intervención en materia de urbanismo.

- Colomer Marqués (1993), citado en la nota 114, opinaba que si Porcioles participó activamente en la Compilación era porque “Aquí es donde se manifiesta más claramente su asunción del liderazgo catalán en aquellos años. Cumple aquel principio de que el vacío repugna a la historia, a la política y a la naturaleza. No había nadie con posibilidades en el catalanismo político y él se situó —apoyado en Madrid por Laureano López Rodó— en una primera línea vacía para defender unas tradiciones, un derecho propio, un poder económico articulado, una lengua y unos valores de cultura y restablecer su plena vigencia.”

- (118) Jardí Cassany (1992), pág. 273-274, sostuvo que Pi Sunyer y Porcioles realizaron gestiones ante el Ministro de Justicia y,

como el proyecto aprobado por la Comisión Codificadora ya no podía corregirse, el ministro propuso como solución la introducción de enmiendas en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes. También se acordó el nombramiento de una Ponencia, formada por cinco personas, presidida por Porcioles.

- (119) Según Faus Esteve - Condomines Valls (1960b), pág. 14, la Ponencia estaba formada por José M^a de Porcioles Colomer, procurador en Cortes y miembro de la Comisión de Juristas catalanes, de la que fue Presidente; José Alonso Fernández, Director General de los Registros y del Notariado; Eduardo López Palop, Decano del Colegio de Notarios de Madrid, y los catedráticos de Derecho civil Manuel Batlle Vázquez y Pascual Marín Pérez.

A López Palop, suegro del también notario Lluís Figa Faura, el Colegio de Notarios de Cataluña, con motivo del centenario de la Ley del notariado, en 1962, le agradeció la labor realizada a favor de la Compilación y lo nombró decano honorario. (*La Vanguardia*, 15 de diciembre de 1962)

- (120) Salvador Coderch (1981), pág. 112.
- (121) Bassols Parés (1992), pág. 18, y Badosa Coll (2003), pág. 44.
- (122) Estaba integrada por Josep M. de Porcioles Colomer, Ramon M. Roca Sastre, Raimon Noguera Guzmán, Ramon Faus Esteve, Lluís Figa Faura, Miquel Casals Colldecarrera, Joan Maluquer Rosés, Josep M. Puig Brutau, Joaquim Torres de Cruells, Josep M. Pascual Serrés y Josep M. Pi i Sunyer (Sagarra Zacarini, 1996, pág. 168, que ha afirmado que esta Comisión trabajó sobre la base de las 84 observaciones razonadas que había elaborado ROCA SASTRE, en el Informe que había emitido la Comisión General de Codificación.)
- Bassols Parés (1992), pág. 19, explica que la presidió Porcioles.
- Jardí Cassany (1992), pág. 274, dijo: “Entre los [notarios] destacaban especialmente (además de Porcioles, evidentemente) Roca Sastre y Faus Esteve.”
- (123) Sagarra Zacarini (1996), pág. 169.
- (124) Faus Esteve - Condomines Valls (1960b), pág. 13-14 y Puig Ferriol y Roca Trias (1979), pág. 134. Según Lasso Gaité (1978), pág. 673, las enmiendas afectaron a 118 artículos.
- (125) Sagarra Zacarini (1996), pág. 170.
- (126) En opinión de Faus Esteve - Condomines Valls (1960b), pág. 14: “La comprensión y altura de miras con que trabajó esta Ponencia hace acreedores a cuantos la integraron de la gratitud de los juristas ca-



talanes. Dicha Comisión dictaminó con fecha 31 de mayo de 1960, modificando alguno de los artículos para restablecer una parte de los que no había aceptado la Comisión de Códigos, intensificando la labor de refundición de ésta y ofreció un texto, que es el convertido en ley.”

- (127) Éstas, salvo la sexta, eran de nueva redacción, ya que no figuraban en ninguno de los textos anteriores (Faus Esteve y Condomines Valls, 1960, pág. 14).
- (128) Pla Casadevall (1981a), pág. 422.
- (129) Serrahima Bofill (2004b), pág. 163, que cita a Roca Sastre.
- (130) Ramon M. Roca Sastre (1983), *Estudios de Derecho Civil Especial de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 27. También mencionó, *ibídem*, pág. 6, que no fue posible corregir los errores ni el estilo por culpa, en parte, de personas que vivían en Barcelona, pero sobre todo de personas que vivían en Madrid.

- (131) Transcrito en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 1960, pág. 391-397. Este párrafo, en la pág. 395.
- (132) Publicado en la *Revista Jurídica de Catalunya* (1960), pág. 379-390. Este párrafo, en la pág. 380.
- (133) Jardí Cassany (1992), pág. 274-275, afirmó sobre este párrafo que: [ORIGINAL EN CATALÁN] “Sin embargo, al argumento aducido según el cual con la Compilación no se había hecho más que cumplir con el acuerdo adoptado por el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 para llegar a la formación de un auténtico *Código Civil Español*, hay que añadirle otro, sin duda muy convincente, que los interesados en su aprobación invocaron en algunas conversaciones informales con algunos *procuradores* y con el Ministro de Justicia, quien —parece ser— incluso hizo llegar al mismísimo Jefe del Estado: el Derecho Civil de Cataluña, así como el de otros territorios que gozaban de un régimen jurídico es-

pecial y que habrían de ser compilados en el futuro, eran Derechos auténticamente hispánicos, a diferencia de lo que se articuló en el Código Civil de 1889, que se había inspirado, en gran parte, en el *Code Civil Français*. Los Derechos mal denominados forales representaban la tradición; lo que se conocía como *Derecho común*, es decir, el reunido en el Código Civil Español, no constituía un Derecho genuino por haberse trasladado desde un Código extranjero que, en el fondo, era la aplicación del unitarismo jacobino del que se constituyó heredero Napoleón. Este razonamiento debió de producir un gran efecto en Antonio Iturmendi, Ministro de Justicia, quien —no lo olvidemos— procedía de las filas del tradicionalismo político.”

- (134) Probablemente era una especie de editorial, bajo la rúbrica de *Día a día*, publicado en la primera página. *Erit veri dolore ipsae. Et idelestiost, ut ad utem sim rem a aborum sediaspedit minvele.*

Disfrute de MÁS tiempo libre



DictaLaw®

El primer y único sistema integrado de reconocimiento de voz para juristas



¿Utiliza más de 3 horas al día el teclado para hacer escritos, redactar demandas, contestar e-mails...?

¿Le gustaría tener un sistema que le permitiera eliminar el 66% del tiempo que diariamente está utilizando el teclado?

¿Apostaría a multiplicar por cuatro su productividad?

Si ha respondido SÍ a todas las preguntas, entre hoy mismo en www.dictalaw.es y sorpréndase tanto como quien ya lo está utilizando en su despacho

DictaLaw®. Dígalo por escrito. Usted habla y el ordenador lo transcribe todo



LA LEY

grupo Wolters Kluwer



Utilidad de la cláusula testamentaria de legado simple de legítima en el Código Civil de Cataluña

La finalidad de la cláusula testamentaria del legado simple de legítima ha sido tradicionalmente evitar la preterición de los legitimarios. Sin embargo, tras la promulgación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña se debe examinar si dicha figura conserva este efecto con respecto a la preterición y/o si tiene alguna otra utilidad.

VÍCTOR ESQUIROL JIMÉNEZ
Notario de El Masnou

lación entre ambas instituciones, al disponer: *"El simple reconocimiento genérico del derecho de legítima a quien corresponda o la atribución de un legado simple de legítima a favor de todos los hijos no excluye el derecho de los legitimarios a ejercer la acción de preterición errónea si procede de acuerdo con los apartados 1 a 3."*

Por lo tanto, queda claro que el legado simple de legítima no evita la preterición errónea, la que se produce cuando el causante desconocía al tiempo de testar la existencia de algún descendiente que resultará ser legitimario y que confiere acción para obtener la ineficacia del testamento, ya que supone que el causante habría otorgado

La primera cláusula dispositiva de los testamentos catalanes modernos suele hacer referencia al llamado legado simple de legítima, bajo la forma "lega a sus hijos A, B y C la legítima que legalmente les corresponda", o simplemente "lega la legítima a las personas a quienes legalmente corresponda tal derecho" u otras similares. Tradicionalmente, la finalidad de esta cláusula ha sido evitar la preterición de los legitimarios. Sin embargo, tras la promulgación del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, debemos examinar si el legado simple de legítima conserva este efecto con respecto a la preterición y si tiene alguna otra utilidad.

I. Legado simple de legítima y preterición errónea. El art. 451-16.4 del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat) regula la re-



© Taco Anema / Wolters Kluwer



el testamento de forma sustancialmente distinta de conocer la existencia de dicho legitimario. Ni siquiera evita la preterición errónea un legado simple de legítima que incluya expresamente una previsión a favor de los legitimarios sobrevenidos del tipo: *lega a sus hijos citados y a los que pueda tener en el futuro, lo que por legítima les corresponda; o lega la legítima a las personas que acrediten tal derecho, aunque nazcan o devengan legitimarias después de otorgado este testamento*; u otra similar. Ya que, como hemos visto, el art. 451-16.4 dice que el legado simple de legítima a favor de todos los hijos no evita la preterición errónea, lo que incluiría a los hijos posteriores al otorgamiento del testamento.

La pregunta que surge a consecuencia de lo anterior es si el testador puede evitar de alguna manera que el nacimiento de algún hijo con posterioridad al otorgamiento del testamento (que será el supuesto más frecuente de preterición errónea) comporte la ineficacia del testamento, en definitiva, si puede evitar la preterición errónea.

Ni el Código ni la doctrina posterior aclaran esta problemática. GARRIDO⁽¹⁾ deja la pregunta en el aire, LAMARCA⁽²⁾ lo considera muy dudoso; ROCA TRIAS⁽³⁾ no aborda la cuestión en la última edición de las *Instituciones de Dret civil de Catalunya*, si bien recuerda que el TSJC ha interpretado de manera restrictiva los supuestos de preterición errónea en las SS de 1 de octubre de 1991 y 21 de diciembre de 1992. En mi opinión, la preterición errónea sólo es evitable, fuera de las excepciones legales, si el testador instituye herederos a los legitimarios sobrevenidos. Acabamos de ver que, pese a que el fundamento de la preterición errónea es la ignorancia del testador en relación a dichos legitimarios, no es suficiente que el testador prevea su posible existencia simplemente reconociendo su derecho a legítima; ni siquiera es suficiente que el testador les haga cualquier atribución, ya que el legado simple de legítima comporta una atribución, es un verdadero legado de valor, cuando el legitimario no es instituido heredero ni favorecido con un legado. Así resulta del art. 451-7.4, que dispone: *La legítima se puede legar en forma simple, utilizando la fórmula "lo que por legítima corresponda" u otras análogas o similares. En este caso, si el legitimario ha sido a la vez instituido heredero o favorecido con otros legados, estas atribuciones implican igualmente la de la legítima, sin que el legado en forma simple le otorgue ningún*

derecho adicional. Luego si el legitimario no ha sido instituido heredero ni beneficiado con un legado, *la legítima se puede legar en forma simple y*, en este caso, representa una atribución patrimonial, aunque insuficiente conforme al art. 451-16.4 para evitar la preterición errónea.

Es evidente que no estamos solamente ante un problema de legítima; en realidad, el legislador utiliza la legítima como pretexto para declarar la ineficacia de un testamento por una causa que puede no afectar en absoluto a la legítima, como ocurriría en el caso de que la cláusula del legado simple de legítima hiciese referencia expresa a los legitimarios sobrevenidos. Si el legislador ha considerado que la superveniencia de hijos ha de ser causa de revocación presunta de las disposiciones testamentarias, podría haberlo establecido así, de forma similar a lo que ha previsto para las disposiciones a favor del cónyuge o pareja estable en caso de ruptura de la convivencia posterior al otorgamiento del testamento⁽⁴⁾. Quizás sería más equitativo, al igual que en este último caso, no declarar la ineficacia del testamento y de los codicilos, sino solamente la de la institución de heredero, lo que comportaría la ineficacia del testamento (salvo para los causantes sujetos al derecho de Tortosa), pero no la de los codicilos y mantener de este modo la eficacia de los legados. Pero el legislador ha preferido servirse de la institución de la preterición intencional, de acuerdo con la tradición histórica del derecho catalán y declarar ineficaz el testamento.

En mi opinión, la preterición errónea sólo es evitable, fuera de las excepciones legales, si el testador instituye herederos a los legitimarios sobrevenidos

De todo lo anterior no puede sino deducirse que el testador sólo puede evitar, en principio, la preterición errónea instituyendo herederos por partes iguales a todos sus hijos (directamente, no como sustitutos vulgares), con una fórmula similar a la siguiente: *instituyo herederos a mis hijos A y B y a los que pueda tener en un futuro, por partes iguales entre todos ellos*. En relación a los últimos descendientes, no es necesario que los tenga en cuenta, ya que el art. 451-16.3 dispone que *el legitimario por derecho de representación sólo puede ejercer la acción de*

preterición errónea si el representado, en caso de haber sobrevivido al causante, lo hubiera podido hacer.

No obstante lo dicho, no hay que temer por un alud de declaraciones de ineficacia de testamentos por preterición errónea, ya que el art. 451-16.2 excluye de ésta los casos de: a) el testador que instituye heredero único, en toda la herencia, a su cónyuge o su pareja estable; b) el testador que instituye heredero único, en toda la herencia, a un hijo o a otro descendiente y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una estirpe de hijo premuerto; c) que la relación de filiación haya quedado legalmente determinada después de la muerte del causante. Fuera de estos casos y del supuesto de instituir herederos a los posibles hijos futuros, lo preferible, mal que nos duela a los notarios, es que el testamento devenga ineficaz.

En definitiva, lo que interesa recalcar ahora es que el legado simple de legítima no tiene ninguna eficacia contra la preterición errónea.

II. Legado simple de legítima y preterición intencional. Se puede decir, de entrada, que el legado simple de legítima evita la preterición intencional. Así se deduce del art. 451-16.1, que dispone: *"Es preterido el legitimario a quien el causante no le ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a ésta y que tampoco ha sido desheredado. El legitimario preterido puede exigir lo que por legítima le corresponda"*. Si ponemos este precepto en relación con el art. 451-7.4, tenemos, como hemos visto, que, si el legitimario recibe alguna atribución en el testamento, el legado simple de legítima no le confiere ningún derecho adicional, pero no hay preterición intencional ya que ha recibido una atribución; mientras que, si el legatario del legado simple de legítima no es heredero ni se le beneficia con otro legado, el legado simple de legítima le confiere un derecho patrimonial, por lo que tampoco hay preterición intencional.

No obstante, pese a no haber preterición intencional, los derechos del legitimario son los mismos que si la hubiera: reclamar lo que por legítima le corresponda. El legado simple de legítima, por lo tanto, no ofrece ningún derecho adicional, por lo que tampoco tiene utilidad alguna con relación a la preterición intencional.

III. *Legado simple de legítima y Registro de la Propiedad*. Por su parte, el art. 451-15.3 *in fine* dispone: “El legado simple de legítima no tiene a tal efecto (solicitar anotación preventiva) la consideración de legado de cantidad y no da lugar, por sí mismo, a ningún asentamiento en el Registro de la Propiedad.” El número 2 de este mismo precepto faculta al legitimario para pedir anotación preventiva de la demanda de reclamación de legítima y, si procede, del suplemento en el Registro de la Propiedad. Pero, como aclara el número 3, tal derecho deriva directamente de su condición de legitimario y no del legado simple de legítima.

Antes de postergar una institución de tanta tradición deberíamos intentar darle alguna utilidad adicional

IV. *Previsiones del causante sobre la legítima*. De todo lo expuesto resulta que el legado simple de legítima: a) no evita la preterición errónea ni los efectos de la preterición intencional; b) no atribuye ningún derecho, salvo que el testador desee legar la legítima al heredero o legatario con independencia de estas atribuciones; c) no puede dar lugar a ningún asiento en el Registro de la Propiedad. Por todo ello, es fácil deducir que el legado simple de legítima no tiene actualmente utilidad alguna, salvo la ya indicada de que se atribuya de forma autónoma al heredero o legatario, supuesto realmente excepcional en la práctica.

No obstante, considero que antes de postergar una institución de tanta tradición deberíamos intentar darle alguna utilidad adicional. Por una parte, creo que está bien que el testador reconozca los derechos de sus legitimarios cuando instituye heredera a otra persona; y por otra, puede aprovechar este reconocimiento para regular tales derechos legitimarios, dentro del margen que le permite la ley. Así, puede, por ejemplo:

a) Dispensar de imputar a la legítima las donaciones u otras atribuciones que hubiese dispuesto como imputables, en base al art. 451-8.5, como veremos en el epígrafe V, o revocar la dispensa de imputación hecha en testamento anterior.

b) Disponer que la legítima no devengue interés o establecer su importe (art. 451-14.1). Creo que en los casos en que se nombra como heredera a la madre de los legitimarios sería interesante establecer que la legítima no devengue intereses. En otros casos, si el causante desea incentivar el pago de las legítimas puede imponer un tipo de interés más alto que el legal del dinero (que es el previsto por la ley en defecto de disposición del testador) o incluso, en opinión de LAMARCA, fijar una cantidad alzada a modo de cláusula penal⁽⁵⁾.

c) Fijar el orden de reducción de legados para el caso de que fuesen inoficiosos (art. 451-23.1). En cambio, el testador no puede alterar el orden de prelación en la reducción de donaciones y atribuciones particulares ni disponer que sean reducidas antes que los legados (art. 451-23.3).

d) Perdonar a alguno de los legitimarios que haya incurrido en alguna causa de desheredación (art. 451-19.1). Hay que tener en cuenta que, pese al carácter revocable del testamento, el perdón es irrevocable (art. 451-19.2), por lo que, en opinión de ROCA TRIAS, si el testamento en el que se perdona una causa de desheredación es revocado, se mantiene la eficacia del perdón⁽⁶⁾.

e) Disponer la forma de pago de la legítima (art. 451-11.1) y establecer alguna garantía del pago de la misma.

f) O incluso hacer constar su deseo (o el ruego a sus hijos) de que no exijan la legítima en vida de su padre o madre supérstite, si le instituye como heredero o heredera.

V. *La imputación de donaciones*. Por su transcendencia práctica, debemos hacer una mención especial a la cuestión de la imputación de las donaciones, esto es, a la operación meramente contable consistente en deducir de la cuota legitimaria individual de cada legitimario el valor de las donaciones que el causante le haya otorgado con tal carácter. En esta materia es frecuente en la práctica notarial confundir el régimen catalán con el del CC y la imputación con la colación.

A diferencia del CC, cuyo art. 819, 1º dispone que las donaciones hechas a los hijos se imputarán a la legítima, el CCCat

en su art. 451-8.1 establece que las donaciones sólo son imputables a la legítima cuando su carácter imputable se ha pactado expresamente en el momento de otorgarse la donación, condición que no se puede imponer por el causante con posterioridad. Y el número 5 de dicho artículo añade que el causante puede dejar sin efecto la imputación en testamento, codicilo, pacto sucesorio u otra escritura pública. En la práctica son frecuentes las donaciones hechas por los padres a favor de los hijos por diversos motivos, no siempre igualitarias entre éstos, por lo que es conveniente preguntar al testador sobre su existencia y sobre su voluntad de que se impute o no a la legítima. Si desea que la donación se impute y no se pactó al otorgarse, poco podrá hacerse (salvo que donante y donatario otorguen un acta de manifestaciones en la que acuerden su carácter imputable); en todo caso, lo que no debe hacerse es que el testador manifieste que nada lega a su legitimario en concepto de legítima por haberle satisfecho en vida más de lo que le corresponde, ya que, si no ha pactado el carácter imputable de las donaciones, tal manifestación no tiene absolutamente ninguna eficacia⁽⁷⁾, sin perjuicio de que tales donaciones sean colacionables si el donatario es heredero.

En la gran mayoría de los casos, sin embargo, los padres o no habrán hecho a los hijos donaciones fuera de las usuales, o las habrán hecho de forma igualitaria, o desearán que no se imputen a la legítima. En todos estos casos es conveniente y en el tercero muy importante hacer constar la voluntad del testador de que no se imputen las donaciones y así evitar la aplicación del art. 451-8.2 a), que considera imputables, si el causante no dispone otra cosa, las donaciones hechas a favor de los hijos para que puedan adquirir la primera vivienda o emprender una actividad profesional, industrial o mercantil que les proporcione independencia personal o económica. En principio, puede parecer arbitrario que el legislador declare como imputables las donaciones citadas y no otras; quizás debería ser al revés y declarar imputables donaciones de menor importancia para el donatario y no las que han sido motivadas por el estado de necesidad de éste. Pero al legislador le preocupa poco la relación entre causante y legitimario; lo que en realidad le preocupa es la relación entre legitimarios y considera injusta la comparación entre un legitimario a quien sus padres

han ayudado a salir adelante en la vida y otro a quien no le han ayudado. Posiblemente, no ha tenido en cuenta que para la inmensa mayoría de los padres todos los hijos son iguales y que si han ayudado en la vida más a uno que a otro no sea consecuencia de su capricho, sino porque seguramente el uno lo ha necesitado más que el otro. Quizás el legislador ha conservado en este punto la mentalidad de la sociedad agraria, que era menos igualitaria en cuestiones sucesorias, en lugar de tener en cuenta las consideraciones anteriores, más propias de la sociedad actual.

Es importante indagar la voluntad de los padres y hacer constar que las donaciones hechas a los hijos no serán imputables en ningún caso

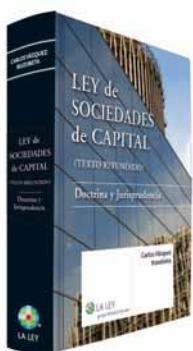
En todo caso, creo que es importante indagar la voluntad de los padres a este respecto y como supongo que pocos de ellos van a querer seguir el criterio legal, es importante hacer constar que las donaciones hechas a los hijos no serán imputables

en ningún caso. Hay que tener en cuenta que esta declaración de voluntad hecha en testamento es revocable y si se hace en pacto sucesorio también puede revocarse si los hijos no son parte en el mismo (art. 451-8. 5, 2.º inciso, *a sensu contrario*), por lo que puede modificarse si cambian las circunstancias. LAMARCA entiende, además, que es posible dispensar de la imputación manteniendo si se considera conveniente el carácter colacionable de la donación⁽⁸⁾.

VI. En conclusión, una cláusula referida a la legítima, equivalente en cierto modo al tradicional legado simple de legítima y mucho más útil, aplicable al supuesto más común de los cónyuges o convivientes que a continuación se van a instituir herederos mutuamente con sustitución vulgar a favor de los hijos, podría ser:

Reconoce a sus hijos su derecho a legítima, si bien les ruega que no la reclamen en vida de su padre/madre. Así mismo dispone que en tal caso, mientras no se reclame, la legítima no devengue intereses y que no se imputen a ella las donaciones que haya hecho o haga en el futuro a favor de sus hijos.

- (1) GARRIDO MELERO, Martín, *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, 2009, tomo 2º, pág. 975.
- (2) LAMARCA I MARQUÈS, Albert, *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya*, Atelier, 2009, vol. 2, pág. 1391.
- (3) ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions de Dret civil de Catalunya*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, 2009, pág. 552.
- (4) FIGA FAURA ya apuntaba en este sentido al decir que el art. 141-3 de la CDCC, que regulaba la preterición errónea, "establecía una presunción *iuris et de iure* de olvido en el testador, por tanto, de *deffectus voluntatis*. La regulación legal de los efectos de la preterición errónea no forma parte de la disciplina de la preterición sino de la relativa a las causas de revocación de los testamentos." (FIGA FAURA, "Dos notas sobre preterición errónea de legitimarios", *RJC*, 1970 (nº extraordinario), págs. 105 y ss., citado por PUIG FERRIOL en: *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, 1979, tomo III/1º, pág. 314).
- (5) LAMARCA I MARQUÈS, *op. cit.*, pág. 1374.
- (6) ROCA TRIAS, *op. cit.*, pág. 545.
- (7) Véase a este respecto la SAPB 15 de julio de 2009.
- (8) LAMARCA I MARQUÈS, *op. cit.*, pág. 1348.



Director:

Carlos Vázquez Iruzubieta

Páginas: 956 / Encuadernación: Tapa dura
ISBN: 978-84-8126-771-6



Texto Refundido

Ley de Sociedades de Capital

NUEVO

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La Ley de Sociedades de Capital está actualizada conforme a la reforma introducida por el RDL 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. La nueva Ley posibilita varias lecturas: Por una parte, que consiste en la refundición de normas que no están dispersas en varias leyes, sino que integran dos leyes concretas y autónomas. Por otra, apreciamos que también hay nuevas disposiciones que pretenden conjugar las normas de leyes diversas. En tercer lugar, se incorporan subespecies de las limitadas, como la unipersonal o las sociedades de nueva empresa, y entre las anónimas, las cotizadas en mercados secundarios oficiales.



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Adquiera hoy mismo su ejemplar. TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>

Respuestas frente a actuaciones contra Notarios

Lo que se pretende con las líneas que siguen es establecer unos posibles protocolos de actuación para que el Notario que se vea en la tesitura de dar una respuesta a solicitudes, amenazas o acciones sin fundamento, al menos, no se vea sorprendido y pueda tener una respuesta mínimamente articulada sin tener que empezar desde cero.

RAFAEL RIVAS ANDRÉS

Notario de Alcalá de Chibert (Castellón)

I. Introducción

Hay un anuncio en TV especialmente pertinente a lo que aquí vamos a tratar y que más o menos viene a decir que es un fenómeno verdaderamente curioso el que todo el mundo está de acuerdo en que a nadie le gusta pasar frío... y sin embargo... no es tema de conversación general los problemas de las calderas de calefacción o el de los polímeros insolubles en los combustibles...

Pues eso. Con las cuestiones que pretendemos tratar aquí ocurre exactamente lo mismo, pues todo el mundo está de acuerdo en que las cosas no pueden seguir así... pero parece que nadie quiere tomar medidas distintas ante los nuevos retos a los que nos enfrentamos.

Dicho con otras palabras: no es nuevo el que se pida la expedición de copias de



Escrituras y Actas —por particulares u organismos administrativos o judiciales— de cualquier manera y demostrando un asombroso desconocimiento de la legislación notarial vigente sobre la materia; tampoco llama la atención el que los Notarios (incluso sus empleados) sean llamados a declarar como testigos en procedimientos de lo más variopinto; y, desgraciadamente, tampoco

es nuevo el que los Notarios sean demandados civil o penalmente sin fundamento. Pero lo que es una absoluta novedad es que eso, que antes era anecdótico y excepcional, ahora es el pan nuestro de cada día.

Frente a actuaciones como las que acabamos de describir lo que se va a intentar en las líneas que siguen es adelantar unos



posibles protocolos de actuación (nunca mejor dicho), de manera que el Notario que se vea en la tesitura de dar una respuesta a solicitudes, amenazas o acciones sin fundamento, al menos, no se vea sorprendido y pueda tener una respuesta mínimamente articulada sin tener que empezar desde cero. Todo ello desde el convencimiento de que por más que no llevemos paraguas no va a dejar de llover...

Claro que se nos dirá que si la situación es tal y como acabamos de describir la respuesta debería de ser institucional y no improvisada por uno de los miembros del colectivo con menos luces.

Exacto. Por supuesto que sí. Somos los primeros en reconocer que si las cosas han llegado hasta donde han llegado, es precisamente más por pereza propia que por aciertos ajenos, y que si las presiones son cada vez más generales, las respuestas no pueden —mejor: “no deben”— ser individuales. Pero mientras llega esa respuesta institucional insistimos en que... no va a dejar de llover...

Entonces la pregunta sería... ¿No es esto puro corporativismo?... Por supuesto que sí; pero afirmamos que se trata de corporativismo del bueno, del justo, del necesario ante los infundados ataques que sufrimos continuamente. Lo cual requiere una explicación adicional:

No se propugna ningún tipo de impunidad para el colectivo notarial, ni mucho menos una insumisión o falta de colaboración con órganos de la Administración o de la Justicia

Los que aplicamos a nuestro quehacer diario la máxima de un ilustre médico zaragozano que todos los días de su profesión comenzaba la jornada laboral bajo la admonición de que “ojalá mis errores los pague yo y no mis clientes”, tenemos perfectamente asumido que es imposible que todos los miembros del colectivo no cometamos nunca ningún error. Eso es de todo punto imposible. Y por eso mismo tiene que quedar perfectamente claro que no se propugna ningún tipo de impunidad para el colectivo notarial, ni mucho menos una insumisión o falta de colaboración con ór-

ganos de la Administración o de la Justicia. Nada más lejos de nuestra intención.

Ahora bien, pensamos que hay grandes diferencias entre lo anterior y el que seamos el “pim pam pum” de cualquier aventurero que primero nos cita de testigos a ver qué pasa, y luego nos demanda civil o penalmente a ver qué consigue, en el convencimiento de que si al final no le sale bien la jugada la operación siempre habrá merecido la pena pues por unas costas judiciales exiguas la posibilidad de cantar un bingo millonario siempre habrá merecido la pena. Y no nos engañemos, este es el riesgo al que nos enfrentamos diariamente.

Lo que queremos decir es que impunidad ninguna, pero que si la responsabilidad profesional cada día es mayor, el coste de la presión, la amenaza o el proceso falso o erróneo no puede salir gratis y tiene que ser proporcional al daño producido.

II. Qué hacer cuando se piden copias de escrituras y actas que no se pueden expedir

De los temas que vamos a tratar en este pequeño trabajo digamos que el relativo a solicitudes extemporáneas de copias es el que menos gravedad tiene, pues no pasa de ser simplemente... incómodo... triste, pero incómodo...

El caso es que, en gran parte debido a la propia pereza en articular respuestas adecuadas a cada solicitud de copia que es inadmisibles por razones de fondo y forma, se ha llegado a una situación en la que muchas solicitudes de copias no es que sean jurídicamente inaceptables, sino que —en una gran mayoría de casos— no guardan las mínimas reglas de la educación social, el decoro funcional y la dignidad procesal.

En efecto, la solicitud de copias se realiza las más de las veces mediante escritos sin firma autógrafa, solicitando “fotocopias” (sic), respecto de “todos” los documentos de determinado sujeto, sin justificar mínimamente los motivos de la solicitud, con, más que desconocimiento, desprecio de la legislación notarial, y en términos conminatorios que, francamente, sobrepasan el límite de lo tolerable. De acuerdo en que se nos apeen los tratamientos rimbombantes de “Excelentísimos... Ilustrísimos” que están completamente fuera de lugar, pero de ahí al “orden y mando” bajo la amenaza de

sanción fulminante creo que hay un buen trecho. Pero, en fin, es lo que hay.

Para confeccionar el modelo de contestación nos hemos basado en un hipotético caso en el que se da un poco de todas las imperfecciones más frecuentes en este tipo de solicitudes. Lógicamente habrá que adaptar el modelo a cada caso concreto.

¿Es necesario en el modelo una introducción tan extensa sobre nuestra profesión, el secreto del Protocolo y la legislación notarial? Evidentemente no es imprescindible, pero creo que es muy conveniente el utilizar este tipo de contestaciones para hacer “pedagogía notarial” y poner de relieve que la expedición de copias no depende de ningún capricho del Notario, sino que está sujeta a unos muy estrictos requisitos impuestos por una legislación específica, acaso desconocida por el solicitante.

Una última advertencia: en el modelo se citan obras y autores; a ellos nos remitimos para que cada interesado pueda ampliar aspectos no tratados o no aclarados suficientemente. Como siempre, son insuperables los escritos de Rodríguez Adrados que paradójicamente cuantos más años tienen se vuelven más actuales.

Se adjunta al final el modelo de contestación.

III. Qué hacer cuando se cita al notario o sus empleados como testigos (el secreto profesional y el del protocolo como aspectos del mismo fenómeno)

Cada vez es más frecuente que se cite por un particular al Notario como testigo —incluso a sus empleados— y a nadie extraña ya que cada ciudadano defienda sus intereses de la manera que considere más conveniente.

Pero una cosa es que se ejercite el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y otra bien distinta es que con ello se pretenda forzar la seguridad jurídica notarial y el secreto profesional del Notario que son valores igualmente protegidos constitucionalmente.

Y es que parece que se olvida (mejor: olvidamos) que el Notario no sólo está sujeto al deber del “Secreto del Protocolo”, sino



también sujeto al “Secreto Profesional” que como a todo profesional jurídico compete. Es más, lo anterior no son cosas distintas sino dos aspectos de un mismo fenómeno.

En efecto, la doctrina notarial trata por extenso el Secreto del Protocolo por ser éste el específico de la actividad notarial, pero no se dedica el mismo esfuerzo al estudio del Secreto Profesional del Notario, que en nuestra modesta opinión, es el que se pone en juego cuando se pretende la declaración testifical del mismo o sus empleados. En el modelo que proponemos se insiste en este aspecto del “secreto”.

Lo que se pretende con la declaración testifical del Notario es obtener por una vía indirecta los mismos efectos que con una Escritura o un Acta pero sin cumplir los requisitos que para ello establece la legislación específica y haciendo depender todo ello de la frágil memoria y del mayor o menor acierto en los recuerdos selectivos que cada uno de nosotros tengamos. Esta pretensión es de todo punto rechazable puesto que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos y si en un momento el interesado optó por no servirse de los instrumentos que el Estado de Derecho pone a su alcance y prefirió no hacer constar en el oportuno documento notarial los datos o extremos que consideraba relevantes, lo que no puede pretender al cabo del tiempo es obtener los mismos efectos que con la autorización del documento, pero trasladándonos una responsabilidad que es sólo suya.

Y si lo que se pretendiera es la declaración testifical del Notario sobre datos o extremos que afectan a terceras personas, sería doblemente rechazable, pues al no poder ir contra sus actos se añade la pretensión de una actuación notarial por sorpresa que perjudica derechos e intereses de terceros que quedan en situación de absoluta indefensión, pues de haber sabido que un Notario relataría determinados aspectos de su actividad seguramente que hubieran adoptado otra actitud o se hubieran defendido de otra manera.

Ahora bien, el problema fundamental no es que cada particular intente —sin duda legítimamente— conseguir sus objetivos con cuantos medios se le ocurran. No. El problema es que en sede judicial se dan trámite a las pretensiones de los particulares con una... cómo decir... ligereza... eso es “lige-

reza procesal” que a todos nos debería de hacer reflexionar.

En efecto, hace ya unos cuantos años que, con su sutileza habitual, el Notario **Javier Micó Giner** preparó unas notas circuladas por el Colegio Notarial de Valencia donde diferenciaba la declaración testifical pedida por el particular a la que el Juzgado se limitaba a dar trámite, de aquella otra que como “diligencia para mejor proveer” acordaba *motu proprio* el Juez en interés objetivo del pleito.

Pensamos con Micó Giner que sólo se deberían de tramitar estas últimas, puesto que frente a las anteriores se alzan otros valores tanto o más dignos de protección como son los mencionados de la Seguridad Jurídica, el Secreto Profesional y la defensa de los intereses de terceros que se pueden ver sorpresivamente perjudicados.

Por eso en el modelo propuesto exponemos argumentos para que se rechace la declaración testifical desde un punto de vista Civil, Notarial, Penal, Corporativo e incluso Histórico, pues basándonos en Rodríguez Adrados, de seguir por esta vía retrocederemos 2.000 años hasta las tabelliones del Derecho Romano olvidando que la existencia actual del moderno Notariado es una continua evolución para lograr que, precisamente, el Notario no testifique sino que hable por los documentos que autoriza.

Antes de continuar hemos de resaltar otro problema que gravita sobre esta cuestión como una losa y que es el que somos nosotros mismos los causantes de la situación actual, pues cuando nos citan como testigos entramos en una especie de fatalismo y lo que pretendemos es acabar cuanto antes. Frente a lo anterior pensamos que la situación se puede revertir si suave, pero firmemente, hacemos saber cada vez que se nos cita, que la pretendida declaración testifical encierra una serie de problemas y matices acaso desconocidos por quien tiene que resolver sobre la cuestión.

Para ello, en el modelo que se acompaña hemos tratado un supuesto complejo en el que hipotéticamente se solicita la testifical del Notario y un empleado, pero lógicamente habrá que adaptar el modelo a cada caso concreto.

Y volvemos a la misma pregunta que respecto de las copias ¿Es necesaria una contestación tan extensa? Cada cual habrá

de responder según su criterio, pero mi opinión es que no se puede dejar pasar la ocasión de hacer esa “pedagogía notarial” de la que estamos tan ayunos.

Por último, ¿qué hacer si el Juzgado insiste en nuestra comparecencia? Pues sin duda ninguna lo que siempre ha hecho el Notariado: colaborar lealmente con la Justicia y testificar como mejor sepamos y podamos. De todas maneras, parece que si aplicamos los criterios del RN también se debería dar parte a la DGRN con lo que se puede dar lugar a un conflicto institucional.

La existencia actual del moderno Notariado es una continua evolución para lograr que, precisamente, el notario no testifique sino que hable por los documentos que autoriza

Ahora bien, si llega el trance de la “testificación” (término que francamente preferimos al de “deposición testifical” usado por Rodríguez Adrados) es muy útil seguir los consejos del letrado **Mariano Martínez Lozano** (en Revista *La Notaría* del Colegio Notarial de Cataluña nº 19-20 de Julio de 2005) sobre el derecho de los testigos a ser indemnizados en base a lo dispuesto en **Art. 375 LEC de 7/1/2000**

1. Los testigos que declaren tendrán derecho a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas. Si varias partes propusieran a un mismo testigo, el importe de la indemnización se prorrateará entre ellas.

2. El importe de la indemnización lo fijará el tribunal mediante auto, que tendrá en cuenta los datos y circunstancias que se hubiesen aportado. Dicho auto se dictará una vez finalizado el juicio o la vista, y sólo será susceptible de recurso de reposición.

Si la parte o partes que hayan de indemnizar no lo hiciesen en el plazo de diez días desde la firmeza de la resolución mencionada en el párrafo anterior, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio.



Es más, Martínez Lozano considera que el derecho de los testigos a ser indemnizados debería de ser advertido de oficio en los juzgados cosa que en la práctica no ocurre.

¿Cuándo se ha de solicitar la indemnización? Para Martínez Lozano se puede solicitar en el mismo Acta de la declaración o en comparecencia inmediatamente posterior, pues como dice la **SAP Cádiz de 19/12/02** *“no es cuestión de ponérselo más difícil aún a quien colabora con la justicia”*.

¿Qué importe se puede reclamar? Para el autor citado no sólo se pueden reclamar los gastos en los que se haya incurrido (transporte, hotel y similares) sino también los perjuicios que se hayan podido producir pues como dice la **SAP Cádiz 19/12/02** *“... perder toda una jornada sin que sea suficiente contraprestación la indemnización del artículo 375”*. En el mismo sentido cita la **SAP Cáceres 23/5/02** *“no puede pretender la parte que todo el mundo esté dispuesto a colaborar con ella durante el trámite procesal con abandono de su hacer y sin reclamar por ello. Además de una utopía, sería una injusticia y un abuso notorio”*.

¿Hasta qué punto se han de probar los gastos y los perjuicios indemnizables?

Martínez Lozano defiende una interpretación flexible del Art 375 LEC citando la **SAP Cádiz 19/12/02** que alude a *“la livianísima prueba de los gastos y daños y la simplificación de los trámites procesales”*; y la **SAP Cáceres 23/5/02** que reafirma que *“permite al juez decidir a la vista de lo aportado; no requiere esta palabra un soporte documental, sino aportar datos y circunstancias”*.

Por último, nos recuerda este autor que el derecho a ser indemnizado subsiste aunque la declaración no se celebre, tal y como reconoce la **SAP Cáceres 23/5/02 y Auto 22/2/05 J1ª nº 1 de Navalmoral**.

Se adjunta al final el modelo de contestación.

IV. Qué hacer cuando se amenaza al Notario con el ejercicio de acciones en su contra (el Reglamento Notarial, y el de Régimen Interior y Acuerdos del Colegio Notarial de Valencia)

En este apartado trataremos el triste caso del cliente que se dedica con empeño digno de mejor causa a amenazar con el

ejercicio de acciones contra el Notario por mediación de “sus abogados” (no sabemos bien porqué pero casi siempre se usa el plural).

Si el cliente hace una exposición educada y razonada de sus intenciones, nada podemos objetar puesto que los que profesionalmente nos dedicamos a señalar a los particulares las vías jurídicas por las que mejor pueden defender sus derechos, no podemos quejarnos de que se utilice el derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24 CE aunque sea en contra nuestra.

Por supuesto que tendremos que intentar el que no se llegue a esa situación, teniendo siempre presente la máxima de que el cliente “siempre tiene razón” (por más que acaso no le acompañe la educación imprescindible en la exposición de sus argumentos). Nunca hay que olvidar que siempre es preferible un mal acuerdo que un buen pleito y que en las transacciones lo importante no es lo que se pierde sino lo que se gana. Y siempre hay que recomendar el uso del servicio gratuito de atención al cliente que existe en los diferentes Colegios Notariales, en los que la abnegada labor de muchos compañeros soluciona un gran número de reclamaciones...

Pero, en fin, cuando todo lo anterior fracasa (aparte de informar de manera inmediata al Seguro y al Colegio), de alguna manera hay que hacer ver al cliente —educada pero firmemente— que si la amenaza excede de lo jurídicamente aceptable (por no hablar de actitudes intolerables expresadas a gritos en mitad de la oficina) no le va a salir gratis. En estos casos, cuando la situación ha llegado a hasta ese punto, pensamos que una actitud cautelosa no hace nada más que animar a que se incrementen las presiones, amenazas y coacciones.

En la nueva configuración de Colegios Notariales adaptada a las CCAA, sería una buena idea que todos los Colegios se esforzaran en tener previstas este tipo de respuestas: las de Valencia bien pueden servir de guía

¿Pero la situación es tan grave como para tener preparadas posibles respuestas? Cada uno que conteste a esta pregunta, pero lo que es evidente es que los mecanismos del Art 61 RN se han quedado tan cortos que los Colegios Notariales tienen Reglamentos y Acuerdos específicamente preparados para responder a estas situaciones... por algo será...

En efecto, por lo que vamos a tratar en este apartado y en el siguiente, consideramos ejemplar la previsión del Colegio Notarial de Valencia que desde hace años intenta prestar posibles respuestas para situaciones tan desagradables como las que estamos tratando. Es más, pensamos que en la nueva configuración de Colegios Notariales adaptada a las CCAA, sería una buena idea que todos los Colegios se esforzaran en tener previstas este tipo de respuestas: las de Valencia bien pueden servir de guía.

Desde este punto de vista lo primero sería recordar lo que ya estaba previsto en el **Art. 61 RN**

“El notario requerido para ejercer su ministerio, a quien se impida o dificulte el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción, lo hará constar, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 550, 551.1, 552, 553, 555 y 556 del Código Penal, por medio de acta, que firmarán él mismo y los testigos concurrentes y, en su caso, la

persona o personas que se presten a suscribirla, de cuyo documento se sacarán tres copias que, dentro de las veinticuatro horas siguientes, serán remitidas al Juez de Instrucción, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y a la Junta Directiva del Colegio Notarial. Esta tendrá legitimación para ejercitar las acciones civiles y criminales que estime convenientes, incluso para interponer la querrela en nombre propio y en el del notario. De igual modo se procederá, a tenor de lo dispuesto en el artículo 634 del Código Penal, cuando, sin incurrir en delito, se faltare al respeto y consideración debida al notario. Además, el notario podrá reclamar directamente, y bajo su responsabilidad, la asistencia de agentes de la autoridad, los cuales vendrán obligados a prestarla, con arreglo a sus respectivos reglamentos”.

Pero como venimos diciendo, ante la insuficiencia del RN, en el Colegio de Notarial de Valencia existe el Reglamento de Régimen Interior (**RRIV**) que fue aprobado por el Consejo General del Notariado el 29/3/2008 y que en su **Art. 44** dice así

“El Notario que se considere inquietado o perturbado en el ejercicio de su función, especialmente cuando ello suponga que no pueda prestar con independencia o imparcialidad los deberes y funciones que las Leyes le encomiendan, podrá pedir el amparo de la Junta Directiva”.

También se ha intentado especificar las conductas más frecuentes que pueden dar lugar al amparo del Colegio en el **Art. 45 RRIV**

“En especial se consideran conductas que afectan al ejercicio imparcial e independiente de la función notarial las siguientes:

a) Las que impidan o dificulten prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que las Leyes imponen a los Notarios o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función.

b) Las que cuestionen o descalifiquen de manera reiterada la actuación del Notario, sin que existan indicios de verosimilitud de las irregularidades denunciadas...”

Y, por supuesto, se regula cómo se solicita y cómo se presta ese amparo colegial en el **Art. 46 RRIV**

“1. El amparo se solicitará a la Junta Directiva...”

2. Si la Junta estima justificado el amparo solicitado acordará las acciones jurisdiccionales y administrativas que se estimen más idóneas para el cese de la perturbación o inquietud.

3. No obstante el Decanato podrá acordar aquellas actuaciones urgentes que sean precisas”.

Ahora bien, las previsiones del RRIV también se han quedado cortas y las amenazas y coacciones a Notarios lejos de disminuir han aumentado, hasta el punto de que ha tenido que adoptar **el Colegio Notarial de Valencia los Acuerdos de 15/9/08** para intentar atajar el problema anunciando la posibilidad de que el Colegio se querelle de oficio por coacciones contra los perturbadores.

Acompañamos copia de estos acuerdos por considerarlos de gran utilidad, pues tal como están las cosas, junto a los tradicionales lapiceros, gomas y bolígrafos y los más recientes elementos tecnológicos como fotocopiadoras, ordenadores, escaners y tarjetas electrónicas, pensamos que en todas nuestras oficinas deberíamos tenerlos fotocopados con el ánimo de poder ilustrar con ellos a los que nos intenten presionar.

Se adjuntan al final los citados acuerdos.

V. Qué hacer cuando se han interpuesto acciones contra el Notario. (Verdera Server, Rodríguez Adrados, Kafka, el sobreseimiento provisional y el delito de denuncia o acusación falsa)

Llegamos al último apartado de este trabajo que se refiere al caso más desagradable, en el que ya se han pasado sin éxito unas primeras etapas en las que —se supone— se ha intentado un arreglo y una satisfacción que a la postre ha resultado estéril, hasta que las cosas llegan a un punto de no retorno y el profesional se enfrenta a una reclamación civil o penal del cliente obviamente insatisfecho.



Rafael Verdera Server, en su libro **Responsabilidad Civil del Notario** de editorial Thomson-Civitas (del que tomamos prestadas varias referencias de STS y Res), realiza un trabajo exhaustivo sobre la materia con un completísimo estudio de toda la Jurisprudencia existente en sus diferentes grados y jurisdicciones (TC, TS, Audiencias, DGRN)... y ya nos avisa que va a seguir lloviendo...

“... la responsabilidad civil notarial constituye un tema de creciente relevancia. El número de reclamaciones ha aumentado en los últimos años y todo parece indicar que esa tendencia va a mantenerse en la medida que coincide con una tendencia más general relativa a la intensificación de la responsabilidad de los profesionales”.

Para los aspectos civiles no podemos sino remitir al libro que acabamos de citar en el que el lector encontrará explicación a todos los matices que se le ocurran sobre la materia.

Aquí insistiremos más bien en los aspectos penales, y si la situación es grave en sí misma, hay otras dos cuestiones que contribuyen a su agravamiento: una es la propia actitud del Notario demandado, y otra es la actual actitud de los Juzgados que —hasta donde hemos podido averiguar— dan trámite prácticamente a todas las reclamaciones que se les presentan sin que una tardía exculpación pueda llegar a remediar el daño ya producido.

Pues bien, respecto del primer problema nuestra corta experiencia nos enseña que cuando algún Notario tiene que pasar por el juzgado como testigo o como demandado, querellado o denunciado, se produce una reacción bien curiosa, pues frente al convencimiento de que nuestra actuación —como mínimo— ha sido bien intencionada y sin deseo de causar ningún perjuicio a nadie, nace a la vez como una mezcla de pudor mal entendido y sensación de culpabilidad inversa que nos hace intentar acabar cuanto antes de ese mal trago judicial procurando que cuantos menos se enteren del acontecimiento y más rápido se termine mejor... Y esto es un error de incalculables consecuencias, ya que esa actitud acomodaticia y entregada, humanamente es comprensible, pero jurídicamente es una auténtica catástrofe, pues no hace sino animar a más sujetos a nuevas aventuras judiciales. En nuestra humilde opinión una

defensa enérgica beneficia no sólo al Notario implicado que la ejercita, sino también al colectivo notarial.

Respecto del segundo de los problemas ya advertimos que no poseemos unas estadísticas científicas a nivel de todo el Estado, pero los datos que modestamente hemos podido recoger avalan las líneas que siguen. Hecha esta salvedad hemos de señalar que desde el máximo respeto y comprensión a la difícil (y casi siempre ingrata) labor que abnegadamente realizan la inmensa mayoría de los Jueces, no estamos de acuerdo, ni en la forma en la que se admiten, ni en la que se resuelven las denuncias y querellas contra Notarios. Veamos:

ADMISIÓN DE DENUNCIAS Y QUERELLAS CONTRA NOTARIOS

No nos cansaremos de repetir que no se propugna ningún tipo de impunidad notarial ni exención de responsabilidad para este colectivo profesional, pero sí que queremos llamar la atención sobre determinados aspectos que consideramos inquietantes.

Lo que queremos decir es que cuando se leen las Sentencias que estudia Verdera Server, se comprueba fácilmente que si se condena en vía civil a un Notario a indemnizar un determinado supuesto, se tiene muy en cuenta su especial preparación jurídica que hace de todo punto inexcusable su impremeditación, ignorancia o error. Es más, que nadie se llame a engaño: estamos completamente de acuerdo con esta línea de actuación judicial. Nada que objetar.

La condena en vía civil a un Notario tiene muy en cuenta su especial preparación jurídica, con lo que: estamos completamente de acuerdo

Pero el problema no es ese. El problema es que cuando se tiene que sostener para los aspectos positivos, que esa especial preparación y conocimientos jurídicos dota a la actividad notarial y a los documentos en que cristaliza de un “plus de credibilidad”, de una “presunción de veracidad y legitimidad”... resulta que ese rigor de apreciación desaparece y se trata al Notario como despojado de ninguna particularidad.

Y eso es lo que no puede ser, que la misma característica sirva para una cosa y

la contraria. Si los especiales conocimientos jurídicos sirven de apoyo para el rigor en la indemnización, habremos de legítimamente suponer que para destruir la presunción de veracidad derivada de esos mismos conocimientos no pueda valer una simple manifestación de un particular sin un principio de prueba sólido. Y esto es lo que está ocurriendo, que en la materia de admisión a trámite de denuncias y querellas contra Notarios parece que esta condición casi es algo que perjudica más que beneficia.

En efecto, los datos que particularmente hemos recopilado demuestran que cuando se presenta una denuncia o querella contra un Notario en abierta contradicción con lo afirmado por éste en sus documentos, aunque la denuncia esté despojada de ninguna otra prueba sólida que la avale (no se olvide que para su interposición basta una simple declaración del interesado sin más requisitos), resulta que en buen número de casos se admite a trámite. Y cuando se pregunta las razones de ello se obtiene como toda contestación que de no hacerse así se infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva del Art 24 Const.

En definitiva, en la admisión de denuncias y querellas se trata al Notario como un particular más despojado de cualquier atributo especial, y esto es contrario a los precedentes históricos, la legislación notarial vigente (tan constitucional como el Art 24 CE) y contrario, en fin, a la doctrina de la DGRN.

Respecto de los precedentes históricos citaremos un ejemplo de **Antonio Rodríguez Adrados** de su trabajo **“Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”** del Tomo IV de su obra **“Escritos Jurídicos”** editada por Consejo General del Notariado, y que relata la preeminencia que ha tenido históricamente la fe pública notarial, incluso, sobre la judicial, estudiando —la hoy desaparecida— **Acta del Art. 769 de la LCrim de 1882** prevista para exigir responsabilidad penal a los Jueces y Magistrados

“Si el que promoviere el antejuicio por cualquiera de los delitos expresados en los artículos anteriores, no pudiese obtener los documentos necesarios, presentará a lo menos el testimonio del acta notarial levantada para hacer constar que los reclamó al Juez o Tribunal que hubiese debido facilitarlos o mandar expedirlos”.

Es más, la **Res 18/3/85** interpreta este tipo de Actas de antejuicio aclarando hasta qué punto es importante la fe pública notarial

“su razonable fundamento basado en que cuando se pretende exigir responsabilidad penal a un Juez o Magistrado, la fe pública dependiente del mismo conviene sea completada en algún modo por la fe pública independiente, esto es, por la fe notarial”

Por otro lado, si claros son los precedentes, no lo es menos la **vigente legislación notarial** que atribuye a la actuación de los Notarios una presunción de legitimidad y veracidad que no se debería desconocer, al menos sin que previamente se promueva cuestión de inconstitucionalidad.

En este sentido dice el **Artículo 17 bis, 2, b) LN** (nótese que este Art ha sido recientemente redactado por la posconstitucional **Ley 24/2001, 27 diciembre**)

“Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”

Igualmente el **Artículo 143 RN** resalta los caracteres especiales de los documentos notariales al decir

“Los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley”.

Por último, la DGRN siempre ha rechazado que las meras declaraciones de un particular fueran suficientes para anular las del Notario. Esto se ve en la **Res 1/12/99**

“... al rechazar el Notario la existencia de inexactitud o error por su parte... quedan neutralizadas las declaraciones del recurrente con las del Notario...”

Al igual que en la **Res 29/5/03**

“... al no aportar la recurrente prueba suficiente de la falta de asesoramiento y quedando neutralizadas, al ser rigurosamente contradictorias, las declaraciones de ambas partes...”

Y —entre otras muchas más que se podrían citar— en la **Res 18/3/04**

“No estando las manifestaciones acompañadas de la pertinente prueba... ello lleva consigo que las afirmaciones de ambas partes se contrarresten y queden neutralizadas...”

Pues bien, ni los precedentes históricos, ni la legislación notarial, ni la DGRN son suficientes, al parecer, para impedir que se de trámite a denuncias y querellas basadas en las simples manifestaciones de un particular no apoyadas en ningún otro principio de prueba.

Y claro, una vez el proceso en marcha, como mínimo, está garantizado que el afectado tenga una pena de banquillo consistente en una primera declaración expuesta al fuego cruzado de los abogados de las partes. Decimos como mínimo porque si hay varias partes con sus abogados, y a nada que se complique la cosa, las comparecencias en los juzgados serán reiteradas y el proceso se alargará meses... quizá años...

Y se nos dirá: no hay problema, afortunadamente en España existe la presunción de inocencia y las garantías procesales para que al final la verdad resplandezca...

Craso error. Esas garantías (que no negamos) pueden ser suficientes para los particulares, pero para los profesionales que viven de la “confianza” que genera su actividad es sencillamente una catástrofe imposible de reparar, cuestión ésta que debería meditarle muy mucho por los encargados de decidir sobre la admisión y trámite de estas denuncias y querellas.

Además, una vez iniciado el proceso pronto se descubre que éste tiene una vida propia, que sigue su curso sin que se pueda ni tan siquiera aventurar por los vericuetos por los que podrá transitar. Es vana ilusión el pensar que los actores que participan en el proceso pueden manejarlo. A lo más pueden tener una influencia escasamente decisiva. Incluso ni siquiera el director del proceso —el Juez— puede llegar a adivinar ni cómo, ni cuándo, ni dónde terminará, puesto que nuevas partes procesales se pueden ir sumando y el sistema de recursos hacen más que aventurada cualquier previsión al respecto.

Así pues, el Notario participe forzoso en el proceso queda estupefacto al darse cuen-

ta que es un individuo sujeto a unas fuerzas (en este caso procesales) que él no domina, y lo que es peor, que casi nadie puede dominar. Es una metáfora de la soledad del individuo del siglo XXI que cada vez es más escépticamente consciente de que está inmerso en un mundo material arrastrado al borde del precipicio por fuerzas globales desbocadas que nadie acierta a sujetar, como desgraciadamente se puede constatar en la crisis planetaria actual.

Esta soledad, este (si se nos permite la expresión) desamparo individual y procesal, es de tal categoría que sólo se puede explicar acudiendo a la literatura. Y desde este punto de vista nada mejor que apoyarnos en una de las mentes más lúcidas y ácidas en la descripción del abandono del individuo en un entorno que le aplasta que es **Franz Kafka en su obra “El Proceso”**. Como esta obra pronto va a cumplir 100 años de edad suponemos que nadie podrá acusar la cita de “oportunista”.

Respecto de los encargados de manejar el proceso dice Kafka

“... los funcionarios se quedan a menudo perplejos, porque constantemente, día y noche, están metidos de lleno en sus leyes, carecen del verdadero sentido de las relaciones humanas, y es difícil prescindir de ellas en tales casos...”

En cuanto a la vida propia que tiene un proceso, la opinión de Kafka no puede ser más desesperanzada

“... Así pues, un asunto judicial aparece en su campo de visión sin que sepan a menudo de dónde viene, y luego sigue su curso sin que sepan a dónde va...”

RESOLUCIÓN DE DENUNCIAS Y QUERELLAS CONTRA NOTARIOS

Acabamos de explicar —por decirlo suavemente— lo extraño que es el sistema de admisión y tramitación de denuncias y querellas contra Notarios, pero ese sistema palidece frente a cómo termina dicha tramitación en una gran mayoría de casos.

En efecto, por más que el proceso se complique con declaraciones, trámites, nuevas partes, diferentes recursos etc, al final llega a su fin aunque sea más por agotamiento que por otras razones. Y es en la forma en que termina en la que nos aguardan nuevas sorpresas pues por más que no se



hayán presentado más pruebas que la simple manifestación del denunciante o querellante, en muchos casos se termina con un **“auto de sobreseimiento provisional”**.

A la lógica alegría que produce el “sobreseimiento”, sigue la amargura de la “provisionalidad”. ¿Qué significa? Pues sencillamente que el proceso está terminado “provisionalmente”, es decir, bajo la condición de que no se presenten nuevas pruebas que pudieran volver a ponerlo en marcha.

Y claro, a ningún particular le gusta que se admita una querrela en contra suya, ni estar meses (años quizás) sujeto a un proceso que no acaba de terminar, o que termine de manera “no definitiva”. A nadie le gusta esa situación. Pero para los que viven de la “fe”, de la “confianza” que su trabajo suscita entre sus conciudadanos esas situaciones son catastróficas no sólo personal sino también profesionalmente, lo que debería de hacer meditar muy mucho a los que deciden sobre estas cuestiones.

¿Cuánto dura esa situación? Pues contando que no aparezcan nuevas pruebas, la situación dura hasta que prescriba el delito del que inicuamente se acusa... años...

La situación sería cómica sino fuera trágica: tantos deseos de que se termine el proceso para llegar a un final que a nadie satisface completamente. En fin, nada mejor que **El Proceso de Kafka** para explicar de manera insuperable la perplejidad y lo contradictorio de la situación. Dice Kafka refiriéndose a las maneras de terminar un proceso...

“... Existen tres posibilidades, a saber, la absolución real, la absolución aparente y el aplazamiento...”

... La absolución real es sin duda lo mejor... En una absolución real, todos los expedientes del proceso son completamente retirados... destruidos...

... Jamás he tenido noticia de una absolución real... y —debo admitirlo— jamás he visto una sola absolución real... las ha habido, según dicen. Lo que pasa es que es difícil comprobarlo... De ahí que sólo se hayan conservado leyendas sobre casos antiguos... de absoluciones reales; uno puede creer en ellas, pero no son demostrables...

... la absolución aparente... si usted obtiene la absolución por este conducto, quedará momentáneamente separado de su acusación, pero ésta seguirá flotando sobre usted y bastará una orden superior para que inmediatamente vuelva a ser efectiva...

... Los caminos que sigue son insondables... Un día, cuando nadie lo espera, cualquier juez toma en sus manos con gran atención el expediente, se da cuenta de que en dicho caso la acusación sigue viva y ordena inmediatamente el arresto... el proceso empieza otra vez, pero vuelve a existir, exactamente igual que antes, la posibilidad de obtener una absolución aparente. De nuevo hay que reconcentrar todas las fuerzas y no rendirse... pero esta segunda absolución, sin duda, tampoco es definitiva...

... el aplazamiento exige un esfuerzo mucho menor, pero constante... tiene para el acusado ciertos inconvenientes... el acusado nunca es libre.

Y por si fuera poco lo relatado hasta aquí, el sobreseimiento provisional puede tener otras consecuencias desagradables para el “sobreseído”.

En efecto, una vez dictado el sobreseimiento lo que cabe es preguntarse si el injustamente acusado (y eventualmente el respectivo Colegio Notarial) puede o no querellarse por el delito de acusación falsa contra el denunciante.

Dice el **Artículo 456 del Código Penal**

1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:

- 1.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.*
- 2.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.*
- 3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta.*

2. No podrá procederse contra el denunciante o acusado sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios basantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.

Hay determinados Colegios Notariales que tienen aprobado el querellarse de oficio ante actuaciones como las tratadas, incluso sin consentimiento del Notario afectado

Además, hay determinados Colegios Notariales que tienen aprobado el querellarse de oficio ante actuaciones como las que estamos tratando, incluso sin consentimiento del Notario afectado. Así ocurre en el Colegio Notarial de Valencia, en el **Art. 47 de su RRIV**

“Si interpuesta demanda o querrela criminal contra un Notario por su actuación profesional, la misma fuere desestimada en virtud de resolución firme, la Junta acordará de oficio el ejercicio de las acciones criminales que procedan contra las personas que pudieran ser responsables de dicha actuación. Se exceptúa el caso de que el Notario demandado o querrellado solicite fundadamente la abstención de la Junta”.

Si nos fijamos en los artículos del CP y del RRIV transcritos, para querellarse por denuncia falsa es necesario que haya “sentencia”, “auto” o “resolución”, **“firme”**... y la pregunta sería... ¿es el auto de sobreseimiento provisional “firme” a estos efectos?

Pues bien, la jurisprudencia a partir de las **Sentencias del Tribunal Constitucional 34/1983 y 62/1984** ha venido a reconocer que ese requisito “firme” **incluye los autos de sobreseimiento libre y los de sobreseimiento provisional**.

Es más, esta doctrina del TC ha sido asumida también por las **STS 18/6/90, 16/12/91 y 23/9/93**, incluso por la de **14/10/03** (posterior al Art 456 del vigente

Código Penal de 1995) en la que se puede leer

“es evidente que el Art 456.2 CP, en su primera parte es totalmente superfluo, dado que no tiene ningún efecto cuando de la causa resulten indicios bastantes de la falsedad en la imputación”

Así pues, sirvan las líneas que anteceden como argumentos que mostrar a los que tienen que decidir para que no se admita ni tramite una denuncia contra un Notario. Si lo anterior falla, también se dan argumentos para intentar obtener, al menos, un auto de sobreseimiento definitivo. Y si todo lo anterior falla se explica que con el sobreseimiento provisional el Notario afectado y el Colegio a que pertenece se pueden que- rerar contra el denunciante.

En fin, lo que queremos decir con todo lo anterior es que la condición de Notario nunca puede servir de eximente de nada, ni siquiera de atenuante... pero de ahí... a que sea una agravante...

VI. Modelos y Acuerdos

VI.A. *Modelo de escrito denegando copia solicitada por...*

VI.B. *Modelo de escrito de oposición a ser testigo el notario o sus empleados frente a la solicitud del juzgado*

VI.C. *Acuerdos del Colegio Notarial de Valencia de 15/9/08*

VI.A. *Modelo de escrito denegando copia solicitada por...*

COMPARECE

El Notario del Ilustre Colegio de... con residencia en..., ..., con domicilio profesional en...

EXPONE

I. DOCUMENTO DE SOLICITUD.

Que ha recibido de dicho organismo un escrito cuya fotocopia se adjunta en el que

se le solicitaba la expedición de copias de una serie de escrituras al parecer obrantes en su Protocolo.

II. LA NOTARÍA ES UNA OFICINA PÚBLICA EN LA QUE BAJO LA DIRECCIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO EN SU DOBLE CONDICIÓN DE PROFESIONAL JURÍDICO Y FUNCIONARIO ESTATAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, SE DESARROLLA EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE ASESORAMIENTO JURÍDICO, DACIÓN DE FE EXTRAJUDICIAL Y CUSTODIA DEL PROTOCOLO “PROPIEDAD DEL ESTADO”.

Como el escrito de solicitud desconoce completamente la legislación que rige la actuación del Notario (o al menos no hace la más mínima referencia directa a ella), es obligado exponer en este apartado y en los dos siguientes las líneas fundamentales de la misma para posteriormente pasar a comprobar si la solicitud cumple los requisitos necesarios para obtener las copias requeridas.

Y lo primero sería el recalcar el especialísimo carácter que tiene la Notaría que es una oficina pública en la que bajo la dirección y responsabilidad del Notario como profesional y funcionario estatal del Ministerio de Justicia, se desarrolla el sistema de seguridad jurídica preventiva mediante el ejercicio de la función pública de asesoramiento jurídico, dación de fe extrajudicial y custodia del protocolo “propiedad del Estado”.

Esta especial configuración deriva del doble carácter del Notario como profesional del derecho y funcionario. En efecto, conforme al **Art. 1 de la Ley del Notariado de 28/5/1862 (LN)**:

“El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”

Por su parte, dice el **Art. 1 del Reglamento Notarial de 2/6/1944 (RN)**:

“Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado”.

Así pues, el Notario detenta por delegación del Estado el monopolio de la fe pública extrajudicial pero como quiera que este

importante aspecto de su actividad dando fe en las escrituras y actas que autoriza es el más conocido, no nos extenderemos en él. Sin embargo, los otros aspectos de su actividad —como profesional jurídico y custodio del Protocolo— requieren alguna explicación adicional, pues aunque son menos conocidos son trascendentales a los efectos de contestar a la solicitud que es causa de estas líneas.

En este sentido **Antonio Rodríguez Adrados** explicando estos artículos en la obra colectiva **“Nueva Legislación Notarial Comentada”** editada por “Colegio Notarial de Madrid”, remarca ese doble carácter del Notario español; dice así:

a) **Función notarial y asesoramiento.** Incumbe a los notarios la misión unitaria de autorizar documentos actuando, “a la vez” como profesionales del derecho y como funcionarios, lo que no obsta para que en determinados supuestos asesoren sobre la redacción de documentos luego incorporados a una escritura o desarrollen el que se ha denominado “asesoramiento autónomo” que no desemboca en la autorización de un documento por el notario (**Res. DGRN 26.01.1990 y 11.03.1996**).

b) **Función notarial y gestión de documentos notariales.** El notario tiene reconocida la gestión de los documentos que autoriza. Pero las relaciones derivadas de esta gestión son extranotariales, los honorarios que devenguen no son arancelarios y la responsabilidad y reclamaciones que originen son ajenas al status funcional del notario (**Sentencia TC 11 de mayo de 1.989, Sentencia TS 14 mayo 1970, Res. 03.08.1988, 22.08.1978, 26.09.1985, 16.01.1996, 13.04.1998, 15.09.1998, 01.02.1999, 12.06.1999, 14.04.1999**).“

Tan claro es que la actividad del Notario no se agota con la dación de fe y que puede tener un aspecto no cubierto por el Arancel que se admite en la **Res 2/7/02**:

*“...que se emitan dos facturas o documentos, cada uno con su propia numeración, uno que es la minuta arancelaria... y el otro que es factura de servicios distintos, **conceptos extraarancelarios**... que debe ajustarse exclusivamente a lo dispuesto en la legislación fiscal”*



Pero antes de continuar lo primero es dejar bien sentado lo que es el **Protocolo**. El Protocolo lo constituyen los libros formados por la encuadernación de las escrituras y actas matrices, como dice el **Art. 5º LN**:

"Cada notario formará por sí protocolo".

Y como dice el **Art. 17º LN**:

"9. Se entiende por Protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año..."

El Protocolo no es un archivo cualquiera, ya que es **propiedad del Estado y el Notario es sólo su archivero**, y por eso dice el **Art. 36º LN**:

"Los protocolos pertenecen al Estado. Los Notarios los conservarán, con arreglo a las leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad".

El Notario deberá de cuidar de su conservación para no incurrir en **responsabilidad**, civil, penal y disciplinaria y por eso dice el **Art. 279 RN**:

*"Los Notarios y los Archiveros serán responsables de la integridad y conservación de los protocolos... Si se deteriorasen por falta de diligencia, los Notarios y Archiveros **los repondrán a sus expensas, incurriendo además en responsabilidad disciplinaria**. Si resultase motivo racional para sospechar que hubo **delito**, se pondrá en conocimiento de los Tribunales a los efectos procedentes".*

Los protocolos que custodia cada Notario son los **de los últimos 25 años** y el resto se remite al correspondiente Archivo. La LN lo determina así en **Art. 37º LN**:

"... Los veinticinco protocolos más modernos formarán el Archivo del Notario..."

Hasta tal punto es importante la custodia del Protocolo que la LN tiene previsto hasta la **indemnización que puede cobrar el Notario y sus herederos si éste se incapacita por salvar el protocolo**. En efecto, dice el **Art. 46 LN**:

"El Notario que se inutilizare para el ejercicio de su profesión por librar los protocolos de inundación, incendio u otra fuerza mayor, tendrá derecho a una pensión. Si muriese por la misma causa,

su viuda e hijos menores tendrán igual derecho".

En cualquier caso sí que vamos a insistir en ese aspecto fundamental del lugar dónde se tienen que guardar los protocolos y si el sitio donde se guardan "necesariamente es oficina notarial". Y para ello el punto de partida es el **Art. 32 de la LN**:

"Ni la escritura matriz ni el libro protocolo podrán ser extraídos del edificio en que se custodien, ni aun por Decreto judicial u orden superior... Los notarios no permitirán tampoco sacar de su archivo ningún documento que se halle bajo su custodia por razón de su oficio... no precediendo decreto judicial"

También la legislación penal —con la misma antigüedad que la notarial— tiene las mismas exigencias desde hace nada menos que **3 siglos (XIX, XX Y XXI) en Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14/9/1882; Artículo 578 LCrim**:

"Si el libro que haya de ser objeto del registro fuere el protocolo de un Notario, se procederá con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Notariado".

De la lectura de estos artículos se deduce que el régimen de protección del Protocolo se extiende casi completamente al resto de documentos que están en la oficina notarial.

Antonio Rodríguez Adrados comentando este artículo 32 LN en la obra antes citada dice así:

"El artículo 32 de la Ley establece un principio general de inmovilización de los documentos en el archivo del notario o de su no extracción..."

En el mismo sentido **Pedro Ávila Álvarez** en **"Derecho Notarial"** de editorial Bosch concluye que el protocolo:

"ha de custodiarse en el despacho del Notario titular o en el local destinado al efecto, del cual no podrá extraerse ni aun por decreto judicial..."

Con lo dicho queda acreditado que para todos los Notarios, la conservación del Protocolo no es una actividad secundaria, si no una de las más principales de las que se llevan a cabo en la Notaría, hasta el punto de que **el Notario es considerado como**

un "depositario" de unos documentos ajenos cuya titularidad pertenece al "Estado".

Tan importante es este aspecto de la función Notarial de la conservación del Protocolo que se puede afirmar siguiendo Rodríguez Adrados y Ávila Álvarez, que donde está el Protocolo es Oficina Notarial, y que la Oficina Notarial es tal, por que tiene el Protocolo. Nótese que ni por orden judicial se puede alterar esa situación.

III. LA ACTIVIDAD DEL NOTARIO DADO SU DOBLE CARÁCTER HA DE ESTAR CUBIERTA SUBJETIVAMENTE POR EL SECRETO QUE SE EXIGE A TODO PROFESIONAL JURÍDICO Y OBJETIVAMENTE POR EL SECRETO DEL PROTOCOLO QUE SE LE EXIGE COMO FUNCIONARIO, ESTA ES UNA DIFERENCIA ESENCIAL FRENTE A OTRAS OFICINAS TANTO PRIVADAS COMO PÚBLICAS.

En el desarrollo de su función el Notario llega a tener conocimiento de datos y circunstancias de sus clientes que pertenecen al ámbito de su más estrecha intimidad y privacidad y que afectan a la esfera, personal, familiar, social, económica, religiosa etc.

Todos esos datos están cubiertos por el secreto profesional del Notario para garantizar que sólo las personas autorizadas por el titular de los mismos —o por orden judicial— puedan acceder a ellos. Estos datos están especialmente protegidos por la **Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre de Protección de Datos (LOPD) y Real Decreto 1720/2007 de 21 de Diciembre que aprueba su Reglamento (RPD)**, pero como esa legislación no es específica de la actividad notarial aquí vamos a insistir en la que sí lo es, es decir la LN, el RN y la doctrina de la DGRN.

Desde este punto de vista hay que resaltar que este deber de secreto en el especial caso de la profesión notarial tiene dos aspectos subjetivo y objetivo que no se dan en el resto de actividades profesionales. Esta es también la opinión de **Rodríguez Adrados** en **"Personas con derecho a copia"** recogido en el Tomo IV de la edición de sus Escritos Jurídicos editados por Colegios Notariales de España, que en la página 357 lo dice así:

"El secreto del Protocolo es una 'modalidad peculiar' del secreto profesional de los Notarios (Resoluciones 19 de septiembre de 1975 y de 8 de junio de 1977)"

En efecto, desde un punto de vista **subjetivo** el Notario no puede declarar ni revelar de ninguna manera (salvo que se trate de hechos delictivos) los datos que conoce por razón de su profesión. En esto coincide con el resto de profesiones jurídicas y no jurídicas, que a su vez se diferencian de otras oficinas privadas no profesionales (de seguros, almacenes, tiendas etc) no sujetas al deber de secreto de las profesiones colegiadas.

Ahora bien, la mayoría de estos datos íntimos y privados llegan a ser recogidos en una serie de documentos muy específicos de la actividad notarial —escrituras y actas— que están llamados a perpetuarse en el tiempo formando el Protocolo en el sentido que se acaba de explicar en el apartado anterior, precisamente para poder acreditar su contenido en el futuro. Si a eso añadimos que —salvo matices— el Protocolo siempre se queda en la oficina notarial en donde se ha formado —aun cuando el Notario autor del mismo sea sustituido por otro en casos de traslado, fallecimiento o jubilación— fácilmente se comprende que “el secreto subjetivo” no resuelve todos los posibles problemas, pues ya no sería tanto que un determinado Notario no revele datos íntimos que personalmente conozca, si no de garantizar que **objetivamente** ningún Notario facilite copias del Protocolo (ni del resto de la documentación de la Notaría como índices, archivos electrónicos, partes, fichas etc) a quien no tenga derecho a ello.

En definitiva, el secreto profesional es único, pero en la profesión notarial tiene ese doble aspecto subjetivo y objetivo, para poder cubrir también esa actividad notarial tan característica que cristaliza en el Protocolo que recoge escrituras y actas. Esta es una diferencia esencial con otras oficinas públicas como el Registro de la Propiedad, el Mercantil o el de Bienes Muebles u otras, como Oficinas Liquidadoras de los Impuestos de Transmisiones, Sucesiones, y Donaciones o el de Plus-Valía municipal, que aunque recogen también parte de los mismos datos de las escrituras, están regidos por principios opuestos, ya que los primeros son públicos y las últimas están sujetas al principio de colaboración entre Administraciones.

IV. ESPECIAL CONSIDERACION DEL SECRETO DEL PROTOCOLO Y DEL DERECHO A COPIA.

Siguiendo a **Rodríguez Adrados** en “**Personas con derecho a copia**” podemos decir que el secreto del protocolo deriva del **Art. 32 LN** y del **Art. 274 RN** (“Los protocolos son secretos”) y ha tenido un reconocimiento rotundo tanto en el TS como en la DGRN.

En efecto, la **STS de 7/4/72** califica el secreto del Protocolo como “principio fundamental e indispensable de la específica legislación del Notariado”. Y la **DGRN** considera que es una de las claves de la actividad notarial calificándolo como “principio” del Derecho Notarial (**Res 17/7/63**), “jurídico” (**Res 14/4/67**), “general” (**Res 5/7/78**), “sustancial” (**Res 18/9/74**) y “necesario” (**Res 8/3/67**).

La infracción del deber del secreto del Protocolo puede acarrear para el Notario responsabilidad disciplinaria (**Res 14/6/72**) e incluso civil y penal. **F.J. Rivero Sánchez-Covisa** en su libro “*Actas Notariales y derechos fundamentales*” de Editorial Bosch, lo explica respecto de determinado tipo de Actas relativas a manifestaciones, mensajes, correos, imágenes y voz que se refieren a terceras personas que no comparecen (aunque estas consideraciones se pueden extender perfectamente a cualquier dato de cualquier otro documento notarial) y que pudieran suponer una infracción al **derecho a la intimidad y a la propia imagen** protegido por el Art. 18.1 CE.

Pues bien, Rivero explica que en esta materia lo prohibido no es el que se recojan en un documento notarial datos e informaciones que afectan a terceras personas, si no que esa información circule y llegue a ser conocida por personas no autorizadas ni por el afectado ni por el Juez a los fines de un proceso.

Y como ejemplo de la trascendencia que puede llegar a tener el expedir copia a quien no tiene derecho a ello, estudia Rivero la **STS Sala 1ª de 27/4/2000**, en la que en su FD 1º dice que el manifestar ante Notario hechos graves de terceras personas que no comparecen no supone infracción del Art. 7.7 de la LO de Protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen de 5/5/82, puesto que el simple hecho de la autorización del Acta no supone ninguna divulgación. Esta STS literalmente dice:

“... En este sentido la Sentencia de esta Sala de 30 dic. 1991 dice que **sin divulgación no hay imputabilidad**, ya que la esencia de la infracción (contra el honor)

es precisamente esa divulgación... Y es aquí cuando debe entrar en juego lo que se afirma en la sentencia de esta Sala de 30 de oct. 1991 cuando en ella se dice, ‘que el hecho atentatorio merecedor de protección, por constituir la verdadera intromisión ilegítima, es precisamente la divulgación de la expresión o del hecho, y no la imputación privada que pueda hacerse sobre la misma materia’. Y en el presente caso... no puede decirse que dicho ataque sea divulgado, y ello por las siguientes razones: **a) La basada en el Reglamento Notarial que determina que sólo tienen derecho a examinar los instrumentos notariales las partes interesadas con derechos adquiridos y sus herederos o causahabientes, y que sólo pueden tener copias las personas que acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento...** b) lo dispuesto en la disposición adicional octava... de la Ley 30/1981 de 7 julio, que determina el procedimiento a seguir en causas de nulidad separación y divorcio... Ambos datos, se vuelve a repetir, indican per se **la falta de posibilidad de divulgación, ya que el hecho se ha de desenvolver tanto en el área notarial como en la judicial, dentro de unos parámetros absolutamente restrictivos...** sobre todo... cuando todo iba dirigido a obtener la tutela judicial efectiva en un concreto proceso de separación matrimonial”.

Por todo ello el **Art. 224 RN** restringe el derecho a copia a tres categorías de personas

1. “cada uno de los otorgantes”
2. “las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho”
3. “quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento”

Además los principios y requisitos que amparan la expedición de copias del Protocolo se han de interpretar de manera restrictiva y como bien dice la **Res 23/6/78**

“la expedición de copias, por cuanto tiene de excepción al principio general del secreto del Protocolo, está sometida a determinadas **exigencias de tipo restrictivo**, entre las que destacan, en el aspecto formal, las encaminadas a la **perfecta identificación del solicitante**, y en el aspecto sustantivo, las dirigidas al



acreditamiento del derecho o el interés legítimo de aquél"

Para acabar de describir las normas que regulan la expedición de copias recuerda **Ávila Álvarez** en la obra antes citada que conforme a la **Res 30/3/1955** no se puede pedir al Notario que a la vista de los índices de su protocolo, certifique las escrituras otorgadas por cualquier persona a favor de cualquier otra **PORQUE LOS NOTARIOS ESTÁN FACULTADOS PARA EXPEDIR COPIAS (NO CERTIFICACIONES), CON RELACIÓN SIEMPRE A UN INSTRUMENTO PÚBLICO CONCRETAMENTE DETERMINADO.**

No menos clara y terminante es la **Res 27/6/1952** cuando dice:

"SIENDO VICIOSA LA PRÁCTICA JUDICIAL DE SOLICITAR COMO MEDIO DE PRUEBA LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIONES SOBRE SI UNA PERSONA HA OTORGADO O NO, DURANTE UN LARGO PERIODO DE TIEMPO, DETERMINADOS CONTRATOS"

En definitiva, lo que sí que puede hacer el que pretenda tener derecho a copia es averiguar primero los documentos otorgados por determinada persona a través de los organismos establecidos para tal fin (Registro de la Propiedad, Mercantil, Oficinas Liquidadoras, Cambio de Contribuciones, Liquidación de plusvalías municipales, etc) y luego solicitar las copias notariales de los documentos concretos que necesite.

V. EXAMEN DE LA SOLICITUD DE COPIA.

La solicitud de copia presenta los siguientes defectos:

1. **Falta de firma autógrafa.** La solicitud de copia no tiene la firma autógrafa del solicitante que es la única manera de poder imputar su autoría a la persona que a lega tener el interés en obtenerla. Nótese que las firmas estampilladas o escaneadas no cumplen el requisito de autenticidad exigible y por eso judicialmente son rechazadas tal y como se puede ver, entre otras, en la **Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia de 8/6/05**. En el mismo sentido la **DGRN** ha rechazado la solicitud de copias por los particulares mediante burofax (**Res 5/2/02 y 5/11/05**), por teléfono (**Res 15/4/02**) y telemáticamente (**Res 22/4/08**).

2. **Imposibilidad de expedir "fotocopias".** Se solicita la expedición de "fotocopias" olvidando que según el **Art 224 RN** sólo se pueden expedir copias autorizadas o simples y que según las instrucciones del Consejo General del Notariado si se expiden copias simples se deberán expedir en papel numerado de los Colegios Notariales a fin de poner nota de ello en la matriz de manera que el interesado pueda saber quién ha obtenido copias de su documento notarial.

3. **Imposibilidad de apreciar interés legítimo en el solicitante.** El solicitante se limita a pedir copias pero no alega de ninguna manera para qué las quiere con lo que no se puede saber si tiene interés legítimo en ello. En efecto, en línea de principio se puede considerar que la Administración solicitante es un organismo con derecho a copia, es más, se puede admitir que sus actos gozan de una "presunción" de legitimidad, lo que ocurre es que en tema de tanta trascendencia no cabe hacer conjeturas e hipótesis, y por eso las instrucciones del Consejo General del Notariado piden que se haga por el solicitante una mínima declaración que excluya cualquier duda de que se solicita la copia para un concreto expediente iniciado o, al menos, en curso de iniciación.

4. **No se solicitan copias de documentos específicamente determinados.** La solicitud pide que se expidan copias de todos los documentos otorgados por una persona en un año determinado y en ejercicios anteriores sin ningún límite temporal, olvidando que ni la legislación notarial ni la doctrina de la **DGRN** amparan en modo alguno esa práctica, puesto que una cosa es expedir copia de documentos específicamente determinados y otra bien distinta es pretender que el Notario haga certificaciones de los índices cosa para la que no tiene habilitación.

SUPLICA

PRIMERO.- Se tenga por presentado en tiempo y forma este escrito y en su virtud denegada la expedición de las copias solicitadas en los términos que resultan de la anterior exposición.

SEGUNDO.- Se hace constar que frente a la presente denegación de copia cabe in-

terponer **Recurso de Queja ante la DGRN** en los términos que regula el **Art 231 RN**.

VI.B. Modelo de escrito de oposición a ser testigo el notario o sus empleados frente a la solicitud del juzgado

COMPARECE

El Notario del Ilustre Colegio de... con residencia en..., con domicilio profesional en...

EXPONE

I. DOCUMENTO DE SOLICITUD.

Que ha recibido de dicho Juzgado un escrito cuya fotocopia se adjunta en el que se solicita la comparecencia de un empleado de la Notaría para que declare como testigo a propuesta de un particular en el Juicio Ordinario que mantiene contra otro particular.

II. LA NOTARÍA ES UNA OFICINA PÚBLICA EN LA QUE BAJO LA DIRECCIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO EN SU DOBLE CONDICIÓN DE PROFESIONAL JURÍDICO Y FUNCIONARIO ESTATAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, SE DESARROLLA EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE ASESORAMIENTO JURÍDICO, DACIÓN DE FE EXTRAJUDICIAL Y CUSTODIA DEL PROTOCOLO "PROPIEDAD DEL ESTADO".

Como el escrito de solicitud desconoce completamente la legislación que rige la actuación del Notario (o al menos no hace la más mínima referencia directa a ella), es obligado exponer en este apartado y en los dos siguientes las líneas fundamentales de la misma para posteriormente pasar a comprobar si la solicitud cumple los requisitos necesarios para obtener la presencia requerida.

Y lo primero sería el recalcar el especialísimo carácter que tiene la Notaría que es una oficina pública en la que bajo la dirección y responsabilidad del Notario como profesional y funcionario estatal del Ministerio de Justicia, se desarrolla el sistema de seguridad jurídica preventiva mediante el ejercicio de la función pública de asesoramiento jurídico, dación de fe extrajudicial y custodia del protocolo "propiedad del Estado".

Esta especial configuración deriva del doble carácter del Notario como profesional del derecho y funcionario. En efecto, conforme al **Art 1º de la Ley del Notariado de 28/5/1862 (LN)**

“El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”

Por su parte, dice el **Art 1 del Reglamento Notarial de 2/6/1944 (RN)**

“Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado”.

Este doble carácter del Notario ha sido reconocido por el TS en cuantas ocasiones ha tenido. Valgan por todas la **STS 13/10/98**

“... el Notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas...”

Y la **STS 28/11/07**

“... los Notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas... son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho...”

Así pues, el Notario detenta por delegación del Estado el monopolio de la fe pública extrajudicial pero como quiera que este importante aspecto de su actividad dando fe en las escrituras y actas que autoriza es el más conocido, no nos extenderemos en él. Sin embargo, los otros aspectos de su actividad –como profesional jurídico y custodio del Protocolo– requieren alguna explicación adicional, pues aunque son menos conocidos son trascendentales a los efectos de contestar a la solicitud que es causa de estas líneas.

En este sentido **Antonio Rodríguez Adrados** explicando estos artículos en la obra colectiva “Nueva Legislación Notarial Comentada” editada por “Colegio Notarial de Madrid”, remarca ese doble carácter del Notario español; dice así:

a) **Función notarial y asesoramiento.** Incumbe a los notarios la misión unitaria de autorizar documentos actuando, “a la vez” como profesionales del derecho y como funcionarios, lo que no obsta para que en determinados supuestos

asesoren sobre la redacción de documentos luego incorporados a una escritura o desarrollen el que se ha denominado “asesoramiento autónomo” que no desemboca en la autorización de un documento por el notario (**Res. DGRN 26.01.1990 y 11.03.1996**).

b) **Función notarial y gestión de documentos notariales.** El notario tiene reconocida la gestión de los documentos que autoriza. Pero las relaciones derivadas de esta gestión son extranotariales, los honorarios que devenguen no son arancelarios y la responsabilidad y reclamaciones que originen son ajenas al status funcional del notario (**Sentencia T.C. 11 de mayo de 1.989, Sentencia TS 14 mayo 1970, Res. 03.08.1988, 22.08.1978, 26.09.1985, 16.01.1996, 13.04.1998, 15.09.1998, 01.02.1999, 12.06.1999, 14.04.1999**)”.

Tan claro es que la actividad del Notario no se agota con la dación de fe y que puede tener un aspecto no cubierto por el Arancel que se admite en la **Res 2/7/02**

“...que se emitan dos facturas o documentos, cada uno con su propia numeración, uno que es la minuta arancelaria... y el otro que es factura de servicios distintos, conceptos extraarancelarios... que debe ajustarse exclusivamente a lo dispuesto en la legislación fiscal”

Pero antes de continuar lo primero es dejar bien sentado lo que es el Protocolo. El Protocolo lo constituyen los libros formados por la encuadernación de las escrituras y actas matrices, como dice el **Art 5º LN**

“Cada notario formará por sí protocolo”.

Y como dice el **Art 17º LN**

“9. Se entiende por Protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año...”.

El Protocolo no es un archivo cualquiera, ya que **es propiedad del Estado y el Notario es sólo su archivero**, y por eso dice el **Art 36º LN**

“Los protocolos pertenecen al Estado. Los Notarios los conservarán, con arreglo a las leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad”.

El Notario deberá de cuidar de su conservación para no incurrir en responsabilidad civil, penal y disciplinaria y por eso dice el **Art 279 RN**

*“Los Notarios y los Archiveros serán responsables de la integridad y conservación de los protocolos... Si se deteriorasen por falta de diligencia, los Notarios y Archiveros **los repondrán a sus expensas**, incurriendo además en responsabilidad **disciplinaria**. Si resultase motivo racional para sospechar que hubo **delito**, se pondrá en conocimiento de los Tribunales a los efectos procedentes”*

Los protocolos que custodia cada Notario son los **de los últimos 25 años** y el resto se remite al correspondiente Archivo. La LN lo determina así en **Art 37º LN**

“... Los veinticinco protocolos más modernos formarán el Archivo del Notario...”.

Hasta tal punto es importante la custodia del Protocolo que la LN tiene previsto hasta la indemnización **que puede cobrar el Notario y sus herederos si éste se incapacita por salvar el protocolo**. En efecto, dice el **Art 46 LN**

“El Notario que se inutilizare para el ejercicio de su profesión por librar los protocolos de inundación, incendio u otra fuerza mayor, tendrá derecho a una pensión. Si muriese por la misma causa, su viuda e hijos menores tendrán igual derecho”

En cualquier caso sí que vamos a insistir en ese aspecto fundamental del lugar donde se tienen que guardar los protocolos y si el sitio donde se guardan “necesariamente es oficina notarial”. Y para ello el punto de partida es el **Art 32 de la LN**

“Ni la escritura matriz ni el libro protocolo podrán ser extraídos del edificio en que se custodien, ni aun por Decreto judicial u orden superior... Los notarios no permitirán tampoco sacar de su archivo ningún documento que se halle bajo su custodia por razón de su oficio... no precediendo decreto judicial”

También la legislación penal –con la misma antigüedad que la notarial– tiene las mismas exigencias desde hace nada menos que **3 siglos (XIX, XX Y XXI) en Ley De En-**



juiciamiento Criminal De 14/9/1882; Artículo 578 LCrim

"Si el libro que haya de ser objeto del registro fuere el protocolo de un Notario, se procederá con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Notariado".

De la lectura de estos artículos se deduce que el régimen de protección del Protocolo se extiende casi completamente al resto de documentos que están en la oficina notarial.

Antonio Rodríguez Adrados comentando este artículo 32 LN en la obra antes citada dice así

"El artículo 32 de la Ley establece un principio general de inmovilización de los documentos en el archivo del notario o de su no extracción..."

En el mismo sentido **Pedro Ávila Álvarez** en "**Derecho Notarial**" de Editorial Bosch concluye que el protocolo

"ha de custodiarse en el despacho del Notario titular o en el local destinado al efecto, del cual no podrá extraerse ni aun por decreto judicial..."

Con lo dicho queda acreditado que para todos los Notarios, la conservación del Protocolo no es una actividad secundaria, si no una de las más principales de las que se llevan a cabo en la Notaría, hasta el punto de que **el Notario es considerado como un "depositario" de unos documentos ajenos cuya titularidad pertenece al "Estado"**.

Tan importante es este aspecto de la función Notarial de la conservación del Protocolo que se puede afirmar siguiendo Rodríguez Adrados y Ávila Álvarez, que donde está el Protocolo es Oficina Notarial, y que la Oficina Notarial es tal, por que tiene el Protocolo. Nótese que ni por orden judicial se puede alterar esa situación.

III.- LA ACTIVIDAD DEL NOTARIO DADO SU DOBLE CARÁCTER HA DE ESTAR CUBIERTA SUBJETIVAMENTE POR EL SECRETO QUE SE EXIGE A TODO PROFESIONAL JURÍDICO Y OBJETIVAMENTE POR EL SECRETO DEL PROTOCOLO QUE SE LE EXIGE COMO FUNCIONARIO, ESTA ES UNA DIFERENCIA ESENCIAL FRENTE A OTRAS OFICINAS TANTO PRIVADAS COMO PÚBLICAS

En el desarrollo de su función el Notario llega a tener conocimiento de datos y circunstancias de sus clientes que pertenecen al ámbito de su más estrecha intimidad y privacidad y que afectan a la esfera, personal, familiar, social, económica, religiosa etc.

Todos esos datos están cubiertos por el secreto profesional del Notario para garantizar que sólo las personas autorizadas por el titular de los mismos -o por orden judicial- puedan acceder a ellos. Estos datos están especialmente protegidos por la **Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre de Protección de Datos (LOPD) y Real Decreto 1720/2007 de 21 de Diciembre que aprueba su Reglamento (RPD)**, pero como esa legislación no es específica de la actividad notarial aquí vamos a insistir en la que sí lo es, es decir la LN, el RN y la doctrina de la DGRN.

Desde este punto de vista hay que resaltar que este deber de secreto en el especial caso de la profesión notarial tiene dos aspectos subjetivo y objetivo que no se dan en el resto de actividades profesionales. Esta es también la opinión de **Rodríguez Adrados** en "**Personas con derecho a copia**" recogido en el Tomo IV de la edición de sus Escritos Jurídicos editados por Colegios Notariales de España, que en la página 357 lo dice así

"El secreto del Protocolo es una 'modalidad peculiar' del secreto profesional de los Notarios (Resoluciones 19 de septiembre de 1975 y de 8 de junio de 1977)"

En efecto, desde un punto de vista **subjetivo** el Notario no puede declarar ni revelar de ninguna manera (salvo que se trate de hechos delictivos) los datos que conoce por razón de su profesión. En esto coincide con el resto de profesiones jurídicas y no jurídicas, que a su vez se diferencian de otras oficinas privadas no profesionales (de seguros, almacenes, tiendas etc) no sujetas al deber de secreto de las profesiones colegiadas.

Ahora bien, la mayoría de estos datos íntimos y privados llegan a ser recogidos en una serie de documentos muy específicos de la actividad notarial -escrituras y actas- que están llamados a perpetuarse en el tiempo formando el Protocolo en el sentido que se acaba de explicar en el apartado anterior, precisamente para poder acreditar su contenido en el futuro. Si a eso añadimos que -salvo matices- el Protocolo siempre se

queda en la oficina notarial en donde ha formado -aun cuando el Notario autor del mismo sea sustituido por otro en casos de traslado, fallecimiento o jubilación- fácilmente se comprende que "el secreto subjetivo" no resuelve todos los posibles problemas, pues ya no sería tanto que un determinado Notario no revele datos íntimos que personalmente conozca, si no de garantizar que **objetivamente** ningún Notario facilite copias del Protocolo (ni del resto de la documentación de la Notaría como índices, archivos electrónicos, partes, fichas etc) a quien no tenga derecho a ello.

En definitiva, el secreto profesional es único, pero en la profesión notarial tiene ese doble aspecto subjetivo y objetivo, para poder cubrir también esa actividad notarial tan característica que cristaliza en el Protocolo que recoge escrituras y actas. Esta es una diferencia esencial con otras oficinas públicas como el Registro de la Propiedad, el Mercantil o el de Bienes Muebles u otras como Oficinas Liquidadoras de los Impuestos de Transmisiones, Sucesiones, y Donaciones o el de Plus-Valía municipal, que aunque recogen también parte de los mismos datos de las escrituras, están regidos por principios opuestos, ya que los primeros son públicos y las últimas están sujetas al principio de colaboración entre Administraciones.

IV.- ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL NOTARIO

Siguiendo a **Rodríguez Adrados** en "**Personas con derecho a copia**" podemos decir que el secreto del protocolo deriva del **Art 32 LN** y del **Art 274 RN** ("**Los protocolos son secretos**") y ha tenido un reconocimiento rotundo tanto en el TS como en la DGRN.

En efecto, la **STS de 7/4/72** califica el secreto del Protocolo como "principio fundamental e indispensable de la específica legislación del Notariado". Y la **DGRN** considera que es una de las claves de la actividad notarial calificándolo como "principio" del Derecho Notarial (**Res 17/7/63**), "jurídico" (**Res 14/4/67**), "general" (**Res 5/7/78**), "sustancial" (**Res 18/9/74**) y "necesario" (**Res 8/3/67**).

La infracción del deber del secreto del Protocolo puede acarrear para el Notario responsabilidad disciplinaria (**Res 14/6/72**) e incluso civil y penal.

Por todo ello el **Art 224 RN** restringe el derecho a copia a tres categorías de personas

1“cada uno de los otorgantes”

2“las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho”

3“quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento”

Además los principios y requisitos que amparan la expedición de copias del Protocolo se han de interpretar de manera restrictiva y como bien dice la **Res 23/6/78**

“la expedición de copias, por cuanto tiene de excepción al principio general del secreto del Protocolo, está sometida a determinadas exigencias de tipo restrictivo, entre las que destacan, en el aspecto formal, las encaminadas a la perfecta identificación del solicitante, y en el aspecto sustantivo, las dirigidas al acreditamiento del derecho o el interés legítimo de aquél”

Ahora bien, como venimos diciendo, si sólo existiera el secreto del Protocolo quedaría sin cubrir los aspectos subjetivos de la actuación notarial no tan directamente relacionados con él, y por eso también existe el **“secreto profesional”** del Notario admitido en la **Res 4/7/78** que cita Rodríguez Adrados.

Insistimos en que ambos aspectos objetivo y subjetivo son parte del mismo “secreto”, por lo que las consideraciones y normas aplicables al del “Protocolo” son también aplicables al “Profesional”, en especial el que son objeto de **interpretación restrictiva**.

Así pues, “centrándonos en el secreto profesional” (y siguiendo la opinión de **Javier Micó Giner** en notas transmitidas por el Colegio Notarial de Valencia) diremos que es doctrina reiterada de la **Dirección General de los Registros y del Notariado** que en las relaciones con la Administración de Justicia se distingan ciertos casos especiales en que las actuaciones solicitadas constituyen una decisión libre y personalmente adoptada por el Juez en interés objetivo del pleito (v.g. diligencia para mejor proveer) de todos los demás casos en que a petición de una de las partes del proceso se exige por ésta una actuación del Notario sin

que el cauce procesal a través del cual se articula la petición de la parte, despoje a ésta del carácter de instancia meramente privada y por tanto sometida al cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, que en determinados casos imponen al Notario (en ciertas hipótesis) la denegación de la actuación pretendida (v.g. expedición de copia), sin que ello suponga falta de colaboración con la Administración de Justicia ni subversión del rango jerárquico de las normas del ordenamiento jurídico. En este sentido las de **Res 9/6/76** y **30/10/87** claramente distinguen las actuaciones ordenadas judicialmente de inexcusable cumplimiento, de aquellas otras que proceden de petición de una de las partes que aun con el ropaje procesal no pasan de ser instancias privadas sometidas a control ordinario. Y más recientemente la **Res 5/12/05** declara correcta la actuación del Notario denegando la expedición de determinada copia de escritura y remite al procedimiento judicial

“donde el Juez previa ponderación del secreto del protocolo y su cohonestación con los intereses en litigio, ordene, en su caso, en interés objetivo del pleito, que traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes”.

A lo dicho no es óbice lo dispuesto en el **artículo 118 de la Constitución**, pues como dice la propia DGRN (**Res. nº 2.086**) el indiscutible principio constitucional de sumisión a las decisiones judiciales aparece razonablemente atemperado en la propia Constitución por otros pasajes y preceptos que consagran tanto el principio de seguridad jurídica (así el Preámbulo) como el de legalidad (**artículo-117.3**)

En ocasiones las partes intentan eludir esa clara distinción buscando que el ropaje formal del mandamiento sirva como instrumento para violar el deber de secreto que obliga al Notario respecto de los actos en que interviene, cuando en rigor la petición sigue siendo una mera instancia privada y no una decisión del Juez.

Por otro lado la doctrina es unánime sobre esta cuestión, y así **Enrique Giménez Arnau**, tras señalar que la violación del secreto profesional constituye un delito, dice

“En materia civil conforme al número 5º del artículo 1.247 del Código Civil, es inhábil el Notario para prestar declaración

en los asuntos relativos a su profesión o estado”.

También **Manuel Tamayo Clares**:

“El Notario puede incurrir en responsabilidad, incluso penal, por la violación del deber de secreto que debe ser absoluto”. Y más adelante: “... es una faceta del secreto profesional que abarca la total relación entre el Notario y su cliente, desde el deber de consejo y asesoramiento hasta la autorización o no del documento y es una consecuencia obligada de la relación de confianza que tiene toda relación profesional sin la cual sería imposible la misión del consejo, ...”

Precisamente por ello, tras señalar el **artículo 1.245 del Código Civil** que no pueden ser testigos los que fueren inhábiles por disposición de la ley, añade el artículo **1247, 5º Cc** que

“Son inhábiles por disposición de la ley: ... 5º Los que están obligados a guardar secreto por su estado o profesión en los asuntos relativos a su profesión o estado”.

Es cierto que estos artículos del Cc hoy están derogados por la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 7/1/00**, pero el secreto profesional sigue manteniéndose en el **Art 371 LEC**

“Testigos con deber de guardar secreto.-1. Cuando por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga...”

Llegados a este punto es necesario volver a retomar las ideas expresadas al principio de estas líneas respecto a las similitudes y diferencias que tiene la profesión notarial con otras profesiones y que como se verá hacen todavía más claro la imposibilidad de que el Notario declare como testigo.

En efecto, como dice **Micó Giner**, el Notario no puede ni debe guardar (y de hecho así se hace) protocolo ni archivos de consultas, borradores, preguntas, conversaciones privadas, juicios de valor, comentarios de socios entre sí, de éstos respecto de sus asesores, ni de asesores y abogados respecto de sus clientes, y luego nadie puede pretender que el Notario viole el deber de secreto y se vaya a una pretendida actuación testifical del mismo que quedaría al socaire



de su memoria. Desde este punto de vista el Notario se enfrenta al secreto profesional en los mismos términos que cualquier otro profesional jurídico o no jurídico. Y como bien dice la **Res 1/7/02**

"... no existe en la legislación notarial ningún precepto que imponga al Notario la obligación de conservar los antecedentes que fueron tenidos en cuenta para el otorgamiento del instrumento público, máxime cuando este último no llega a ser autorizado..."

Ahora bien, hay unas enormes diferencias entre los Notarios y el resto de profesionales, puesto que éstos no pueden elaborar documentos que tengan un "plus de credibilidad", mientras que los segundos sí que pueden elaborar Escrituras y Actas que gozan de una credibilidad especial, "hacen fe".

De manera que si un particular pretendiera acreditar que un determinado día estuvo en una determinada consulta médica o despacho de abogados y que allí se dijeron determinadas frases, muy probablemente no le quede otro remedio que llamar a declarar como testigos a esos profesionales.

Pero si pretendiera hacer lo mismo respecto de un Notario, el Estado proporciona al particular unos medios específicos para solucionar la cuestión, ya que precisamente se habilita a ese funcionario para que pueda elaborar un documento que acredite frente a todos cuantos hechos y datos interesen a ese particular. Por eso dice el **Art 1 LN**

"El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales".

Y en este sentido dice el Artículo 17 bis, 2, b) LN (nótese que este Art ha sido recientemente redactado por la postconstitucional Ley 24/2001, 27 diciembre)

"Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes"

Y no menos terminante es el **Artículo 143 RN** al decir

"Los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido

veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley".

Así pues, los particulares tienen a su disposición unos potentes medios para hacer constar en unos documentos especiales -que hacen fe- lo que a ellos interese; y si un determinado día decidieron que no les convenía que en una Escritura o Acta constaran unos determinados extremos o pactos... ¿cómo admitir que pasado el tiempo pretendan obtener los mismos efectos que el Ordenamiento Jurídico sólo reconoce a Escrituras y Actas pero sin cumplir esa forma documental? ¿cómo admitir que por que hayan cambiado de idea se obligue al Notario a asumir una responsabilidad por sus manifestaciones tanto más desproporcionada cuanto que son las mismas partes las que han privado al Notario del medio adecuado para la dación de fe, cual es la autorización del instrumento, y han preferido mantener privados sus pactos o acuerdos al margen de la garantía que supone la autorización notarial?

En definitiva, lo que se pretende llamando a declarar como testigo al Notario es un imposible más metafísico que jurídico, puesto que el que lo solicita comenzó por impedir que el Notario actuara como tal autorizando una determinada Escritura o Acta, para posteriormente obligarle a que declare no como tal Notario si no como cualquier persona, pero con el propósito de que esa declaración tenga los mismos efectos que si hubiera sido una Escritura o un Acta ¿? Y esto es lo que no puede ser, pues no se puede tener y no tener a la vez, ni dar ni quitar al mismo tiempo, ni mucho menos, obligar a actuar como Notario a quien se le impide serlo.

Por otro lado, puede que la declaración que se pretenda obtener del Notario no se refiera directamente a hechos o datos del solicitante, si no a otros referidos a otras personas, como por ejemplo si esas personas estaban o no en la Notaría determinado día, si hicieron tales o cuales manifestaciones o si estaban acompañados por otras personas, asesores etc. Esta pretensión es igualmente rechazable pues **la legislación notarial siempre ha prohibido las actuaciones notariales "por sorpresa"** intentado proporcionar a las partes el máximo equilibrio posible en sus medios de defensa, de manera que ninguna de ellas se pueda ver sorprendida en su buena fe y siempre

sea consciente que lo que diga o haga va a ser recogido en un documento notarial.

En el Reglamento Notarial se encuentran numerosos ejemplos de proscripción de actuaciones por sorpresa. Como los relativos a **"actos públicos"** ex **Art 198.9º RN**

"Los notarios se abstendrán de dar fe de incidencias ocurridas en actos públicos sin ponerlo en conocimiento de la persona que los presida, pero ésta no podrá oponerse a que aquellos, después de cumplido este requisito, ejerzan las funciones propias de su ministerio; si ésta se opusiere, se limitará a hacerlo constar así."

También las actuaciones en el **"interior de establecimientos"** del **Art 198.7º in fine RN**

"Cuando el acta deba ser realizada en el interior de un establecimiento el notario deberá advertir a la persona responsable, o que juzgue más idónea, de su condición y del objeto del acta y no consignará hecho alguno sino los que compruebe una vez autorizada su actuación. Si le fuere negada se limitará a hacerlo constar así."

Otro tanto cabe decir de la prohibición de **"recoger por sorpresa manifestaciones"**, **"grabar conversaciones telefónicas"** y el hacer **"preguntas verbales"** del **Art 198. 7º RN**

*"Las manifestaciones verbales recibidas por el notario durante la realización de un acta sólo podrán ser recogidas en ésta previa advertencia por el Notario al autor de la existencia y finalidad del acta, del carácter potestativo de la manifestación y de la posibilidad de diferirla a la comparecencia en la notaría en los dos días hábiles siguientes a la entrega de la cédula o copia del acta que las insta .El requerimiento para levantar el acta no podrá referirse en ningún caso a **conversaciones telefónicas**, ni comprender la **realización de preguntas** por parte del notario".*

Incluso queda prohibido **"recibir contestaciones a requerimientos"** si no es con unos muy concretos requisitos ya que según el **Art 204 párrafo 2º RN**

"No se consignará en el acta ninguna contestación que diere el destinatario antes de haber sido advertido por el notario

de su derecho a contestar y del plazo reglamentario para ello”

Y si todo esto es así ¿cómo calificar la pretensión de que transcurrido un tiempo ¡sin que el interesado se entere! el Notario vaya manifestando hechos y datos que le afectan y que seguramente no hubiera realizado de haber sabido que se iban a utilizar en su contra?

En definitiva, **la solicitud de un particular para que declare un Notario como testigo es inadmisibles**, pues:

1) Civilmente nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.

En efecto, lo que no es de recibo es que el demandante un día actúe de una determinada manera impidiendo al Notario la autorización de documentos que hubieran podido acreditar los hechos que le hubieran interesado y luego, a su propia conveniencia, cambie de criterio y pretenda acreditar esos mismos hechos obligando a ese mismo Notario a actuar prescindiendo del ejercicio de su competencia profesional y pretendiendo obtener los mismos efectos de Escrituras y Actas pero sin cumplir la legislación notarial.

El particular que en su momento eligió no utilizar el servicio notarial de asesoramiento y documentación que el Estado pone a su disposición no puede pretender luego ir contra sus actos. Las STS sobre la inadmisibilidad de los actos contrarios a los propios son innumerables, baste citar como ejemplo la **STS de 3/11/90 (Sala 1, López Vilas)** que fundamenta esta doctrina en el rechazo a los actos contrarios a la buena fe. O la **STS 22/1/97 (Sala 1, Sierra Gil de la Cuesta)** que la basa en el principio de la Seguridad Jurídica y de la Tutela Judicial Efectiva del art 24.1 de la CE.

2) Notarialmente no cabe la actuación notarial por sorpresa.

Si la declaración testifical que se pretende es sobre hechos y datos de terceras personas distintas del solicitante es doblemente rechazable pues no sólo se le aplicaría la doctrina civil de los actos propios, si no que, además, infringiría la prohibición de actuaciones notariales por sorpresa.

3) Penalmente cabría plantearse si puede suponer algún tipo de coacción o inducción.

Doctrina, jurisprudencia y legislación coinciden en que la revelación de secretos es un delito y se podría cuestionar si la actuación de una parte recabando información sujeta a dicho deber de secreto no constituye alguna **modalidad de inducción o presión coactiva para la violación de dicho deber de secreto** de imprevisibles consecuencias.

4) Corporativamente daría lugar a la intervención de la DGRN y Colegio Notarial amparando el secreto profesional del Notario.

El deber de secreto notarial es de tal entidad que no sólo ni el Juez ni el Secretario Judicial tienen vedado el hacer copias o testimonios de escrituras (Art 222 RN), si no que si a pesar de lo terminante de la legislación notarial se insistiera por un Tribunal en la obtención de una copia que no se deba de expedir, el Reglamento es tajante en su **Art 232 RN**

“Cuando por algún Juez o Tribunal se ordenare al Notario la expedición de una copia que éste no pueda librar con arreglo a las Leyes y Reglamentos, lo hará saber, con exposición de la razón legal que para ello tenga, a la autoridad judicial de quien emane el mandamiento, y lo pondrá en conocimiento de la Dirección General”.

Es más, el ejercicio profesional del Notario tiene una especial protección de la que carecen otras profesiones jurídicas y funcionarios. Por eso dice el **Art 61 RN**

“El notario requerido para ejercer su ministerio, a quien se impida o dificulte el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción, lo hará constar, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 550, 551.1, 552, 553, 555 y 556 del Código Penal, por medio de acta, que firmarán él mismo y los testigos concurrentes y, en su caso, la persona o personas que se presten a suscribirla, de cuyo documento se sacarán tres copias que, dentro de las veinticuatro horas siguientes, serán remitidas al Juez de Instrucción, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y a la Junta Directiva del Colegio Notarial. Esta tendrá legítima-

ción para ejercitar las acciones civiles y criminales que estime convenientes, incluso para interponer la querrela en nombre propio y en el del notario”.

Por otro lado no está de más recordar que muchos **Colegios Notariales** tienen **Reglamentos de Régimen Interior (RRI)** en los que está previsto una especial protección al Notario al que se le presione para que haga o deje de hacer lo que en justicia considere correcto. Como ejemplo citamos el **Art 44 del RRI del Colegio de Valencia**

“El Notario que se considere inquietado o perturbado en el ejercicio de su función, especialmente cuando ello suponga que no pueda prestar con independencia o imparcialidad los deberes y funciones que las Leyes le encomiendan, podrá pedir el amparo de la Junta Directiva”.

El círculo se cierra cuando, por ejemplo, el **Colegio Notarial de Valencia en acuerdo de su Junta Directiva de 15/9/08** recuerda que ese amparo consiste en

“Ejercitar las acciones que procedan contra los perturbadores, con inclusión en su caso de la denuncia o querrela por el posible delito de coacciones tipificado en el artículo 172 del Código Penal”.

En definitiva, si se aplican los criterios previstos en la legislación notarial la declaración testifical pudiera dar lugar a un conflicto institucional.

5) Históricamente nos hace retroceder en el tiempo 2.000 años hasta los tabeliones del Derecho Romano.

En efecto, la existencia misma del Notariado es para excluir que la acreditación de hechos y negocios quede al albur de la frágil memoria de los hombres. La evolución histórica del sistema notarial es una lucha para conseguir que el Notario hable única y exclusivamente por los documentos que autoriza. **Rodríguez Adrados** en su artículo **“El principio de autoría”** (publicado en la Revista el Notario del siglo XXI, nº 21, sept-oct/08) lo explica de manera magistral llegando a considerar incompatibles la función de testigo y fedatario:



“Así, como redactores privados de documentos, surgieron y se desarrollaron los tabeliones romanos, y al configurarse la fe pública en el Derecho intermedio, no se confirió a personas vinculadas a los organismos públicos, sino a los profesionales redactores de documentos... con lo que sus documentos pasaron a ser documentos públicos y ellos personas públicas, sin perder su condición profesional.

Aquel redactor privado de documentos pasó a desempeñar también una función probatoria ya en el Derecho romano... (Novela 44, prefacio)

*El documento, en efecto, no se probaba a sí mismo, sino que había... que imponerle la fe... la eficacia probatoria, mediante las deposiciones en juicio de los testigos y entre ellos, del tabelión, que empezó pronto a destacarse de los demás testigos; a ser testigo **cualificado** en la Novela 73 de Justiniano... testigo **privilegiado** en los tiempos de la prueba tasada... y a ser finalmente testigo **público** cuando llegó a considerarse persona pública... Partidas, 3.19.3.*

*Pero este testigo ‘público’ va dejando de ser testigo y empezando a ser **fedatario**, por que el valor que deba reconocerse... no procede de la credibilidad que tenga su persona... sino de la ley...*

La incompatibilidad entre fedatario y testigo se consume cuando la fe pública se objetiviza. *La fe pública era en su origen una fe subjetiva, una fe en la persona del tabelión... empieza a objetivizarse cuando en los tiempos intermedios el tabelión o ‘escribano’ va conservando la ‘imbrevisatura’ o nota por la que ha confeccionado la escritura; y se convierte en fe pública objetiva cuando esa nota ha de ser completa...*

*La prueba del documento se obtiene por el cotejo con la matriz, sin declaración del escribano. **Es el documento, no el notario, el que hace fe**”*

En el mismo sentido insiste **Rodríguez Adrados** en su artículo **“El principio de la forma escrita”** (publicado en la Revista el Notario del siglo XXI, nº 23, Enero-Febrero/09) que lo no recogido por escrito en el documento “no existe” en términos notariales, pues en eso consiste la integridad proclamada en el art 17

bis LN “su contenido se presume veraz e íntegro”; lo dice con estas palabras

*‘El resto de la realidad no narrado no ha sido consentido, y su omisión es sinónima de inexistencia’ (Núñez, Lagos), incluso a fines interpretativos (CC, art. 1282), **porque lo que el instrumento no dice, tampoco nosotros debemos decir**, axioma común en la boca de los Doctores según Pareja y Quesada*

V.- ESPECIAL CONSIDERACION DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD ABSOLUTA DE LOS EMPLEADOS DE NOTARIA

Y si todo lo dicho hasta aquí es aplicable al Notario con mayor razón se ha de rechazar la pretensión de que comparezca a declarar un empleado de la Notaría.

En efecto, no es momento de explicar la importancia del abnegado trabajo de los colaboradores del Notario, pero lo que sí que queda claro es que el único director y responsable de la Oficina Notarial, es el Notario. Sólo el Notario. Nadie más que el Notario.

Ciertamente que basta leer la Ley y el Rgto. Notarial, para darse cuenta que no hacen referencia a los empleados del Notario, pues éste es el que en exclusiva ejerce la profesión y ha de hacerse responsable de sus consecuencias. Los empleados no tienen ninguna competencia para emitir juicios sobre si hay o no derecho a copia, ni sobre si determinados datos puede revelarlos o no, o si se infringe el secreto del protocolo o el secreto profesional. Sencillamente no están habilitados para ello, ni son funcionarios del Ministerio de Justicia, ni están sujetos a las instrucciones de la DGRN.

La pretensión de que un empleado decida si determinados datos que eventualmente haya podido conocer en la Notaría los puede revelar o no, no tiene apoyo legal y como venimos explicando, al ser el secreto profesional y el secreto del protocolo dos caras de la misma moneda, nos fijaremos en lo que ocurre respecto de la obtención de datos notariales mediante copias del Protocolo, para aplicar los mismos criterios respecto de la obtención de datos notariales por declaración de testigos.

En este sentido, lo primero que hay que resaltar es que la legislación citada para obtener copias sólo se refiere al Notario, nunca a sus empleados. Es más, **ni siquiera el Juez ni ningún otro funcionario pueden hacer copias o testimonios de los documentos notariales.** El Reglamento Notarial es rotundo en el **Art 222 RN**

“Sólo el notario en cuyo poder se halle legalmente el protocolo, estará facultado para expedir copias u otros traslados o exhibirlo a los interesados.

Ni de oficio ni a instancia de parte interesada decretarán los Tribunales que los Secretarios judiciales extiendan, por diligencia o testimonio, copias de actas, escrituras matrices y pólizas, sino que bajo su responsabilidad las exigirán del notario que deba darlas, con arreglo a la Ley del Notariado y el presente Reglamento, es decir, justificando ante el notario, y a juicio de éste con la documentación necesaria, el derecho de los interesados a obtenerlas, y siempre que la finalidad de la petición sea la prescrita en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para los cotejos o reconocimientos de estas copias se observará lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 32 de la Ley”.

En este sentido la antes citada **Res 1/7/02** insiste en que “... la prestación de la función notarial debe llevarse a cabo **personalmente por el Notario...**”

No menos contundente es el TS que por ello concluye que es el Notario el único responsable de lo que ocurra en la Oficina Notarial. La **STS de 6/6/02** lo dice así

*“... la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional **a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario...**”*

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 19/7/03**

“... la reparación de los perjuicios causados por sus dependientes... debe recaer sobre aquél, precisamente por ser el director de ese complejo unitario de actividad profesional que toda Notaría constituye...”

Pues bien, si ahora cogemos todos estos criterios y directrices de la legislación notarial (de interpretación restrictiva ex **Res 23/6/78**) relativos a la expedición de copias y al secreto del protocolo y los trasladamos a la declaración testifical y al secreto profesional, vemos que la pretensión de que declare un empleado de la Notaría sería equivalente a que si, a la vista de que ni el Notario, ni el Juez, ni el Secretario Judicial faciliten las copias, éstas se pidieran directamente a los empleados de la Notaría o como si las Sentencias las pusieran los Auxiliares de Justicia en vez de los Jueces.

Especialmente relevante a estos efectos es el caso resuelto en la ya citada **Res 1/7/02** en la que se considera que **un Oficial de Notaría no puede revelar las conversaciones previas que ha tenido con una testadora por ser contrario al derecho a la intimidad de ésta**; lo dice así

“... y teniendo en cuenta que la información solicitada se refiere a la conversación mantenida por un oficial de la Notaría con la madre de los recurrentes, que pertenece a la esfera privada de la misma... y que en el marco del respeto del derecho a la intimidad, no está obligado aquél a revelar.”

Además, la pretensión de que testifique un empleado de la Notaría es contraria a la legislación de protección de datos, pues ya se ha indicado que todos los datos personales de los clientes de la Notaría (incluidos los relativos a sus entradas, salidas y manifestaciones) están especialmente protegidos por la **Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre de Protección de Datos (LOPD)** y **Real Decreto 1720/2007 de 21 de Diciembre que aprueba su Reglamento (RPD)**.

El Notario (sólo él y nadie más que él) es el Responsable del fichero y tratamiento de los datos personales de los clientes de la Notaría conforme al **Art 3. d) LOPD**

“Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”

Y nadie puede manejar datos personales de la Notaría fuera de la Oficina sin

permiso previo del Notario como último responsable ex **Art 86.1 RPD**

“Cuando los datos personales se almacenen en dispositivos portátiles o se traten fuera de los locales del responsable de fichero o tratamiento, o del encargado del tratamiento será preciso que exista una autorización previa del responsable del fichero o tratamiento, y en todo caso deberá garantizarse el nivel de seguridad correspondiente al tipo de fichero tratado”.

Huelga decir que ningún empleado de ninguna Notaría puede revelar ningún dato obtenido en su lugar de trabajo infringiendo su deber de confidencialidad absoluta bajo sanción de despido fulminante. En esto no hay excepciones.

No obstante lo que puede hacer la parte demandante es solicitar copia de aquellos instrumentos en que tenga interés legítimo -cuya apreciación queda al juicio del Notario-, indicando la fecha y número de protocolo de tales documentos.

VI.- EXAMEN DE LA SOLICITUD DE DECLARACION TESTIFICAL

1. La solicitud de un particular a un Notario para que declare como testigo sobre hechos producidos en la Notaría es inadmisibles por lo siguiente:

1. A. El Notario está sujeto al **secreto profesional** (Art 32 LN y 274 RN, STS 7/4/72, Res 19/9/75, 8/6/77 y 4/7/78) y al deber de **proteger datos personales** de sus clientes (LOPD y RPD), por lo que es **inhábil para ser testigo** sobre los datos y hechos que conozca en el ejercicio de su profesión (Art 1247. 5º Cc antiguo y Art 371 LEC vigente).

1. B. El particular que en su momento decidió que no le convenía el recoger determinados hechos y datos en la correspondiente Escritura o Acta, no puede pretender hoy, quebrantando la legislación notarial, obtener sus mismos efectos pero sin haber cumplido los requisitos de esas formas documentales, pues **nadie puede ir válidamente contra sus propios actos** (STS 3/11/90 y 22/1/97), **ni pretender que se realicen actuaciones notaria-**

les por sorpresa (Art 198. 7º, 9º y 204 párrafo 2º RN)

1. C. La solicitud de declaración testifical pudiera ser interpretada como una **presión o inducción** al incumplimiento de los deberes notariales lo que podría generar responsabilidades de todo tipo y dar lugar al amparo del Colegio Notarial y de la DGRN.

2. La solicitud de un particular a un empleado de un Notario para que declare como testigo sobre hechos producidos en la Notaría es inadmisibles por lo siguiente:

2. A. Por las mismas causas por las que el Notario es inhábil para declarar como testigo respecto de hechos y datos conocidos por su trabajo en la Oficina Notarial.

2. B. Específicamente por que el empleado tiene un deber de confidencialidad absoluta bajo sanción de fulminante despido, pues carece de competencia alguna para decir sobre cuestiones relativas al secreto profesional notarial (la legislación notarial sólo menciona al “Notario”, vid por todos Art 222 RN) y no puede de ninguna manera revelar datos de los clientes de la Notaría (Art 86.1 RPD).

3. La solicitud de un particular para que un empleado de un Notario o el Notario mismo declare como testigo sobre hechos producidos en la Notaría sólo se puede entender como una forma irregular de solicitud de copias:

Por economía procesal, interpretando la voluntad de la demandante en el sentido más favorable para que produzca efecto (Art 1284 Cc), consideramos que lo que ha pretendido es obtener copia de los instrumentos notariales en los que ha participado con el demandado, por lo que adjuntamos las copias simples pertinentes

SUPLICA

PRIMERO.- Que al “tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito” ex **Art 13.1 LEC**, se tenga por presentado en tiempo y forma este escrito y conforme a los razonamientos que constan en la anterior exposición:



A.- Decrete el Juzgado al que nos dirigimos la incomparecencia del empleado de la Notaría, ya que no puede testificar sobre ningún hecho que haya conocido por su trabajo con el Notario al estar sujeto a un deber de confidencialidad absoluta bajo sanción de despido inmediato.

B.- En su caso, igualmente decrete el Juzgado al que nos dirigimos la incomparecencia del Notario ya que no puede testificar sobre ningún hecho que haya conocido por su trabajo notarial al estar sujeto al deber de secreto profesional.

SEGUNDO.- Si las anteriores solicitudes de incomparecencia no se admitieran (y sin perjuicio de ejercitar cualquier acción que en derecho corresponda) se solicita la cantidad de € por cada comparecencia del empleado y... € por cada comparecencia del Notario, como compensación de los gastos, daños y perjuicios (**SAP Cádiz 19/12/02** y **SAP Cáceres 23/5/02**).

VI.C. Acuerdos del Colegio Notarial de Valencia de 15/9/08

MARÍA ENCARNACIÓN MESA VALIENTE, SECRETARIO DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE VALENCIA, CERTIFICÓ QUE, EN EL ACTA DE LA SESIÓN DEL DÍA 15 DE SEPTIEMBRE DE 2008, CONSTA QUE SE TOMÓ POR UNANIMIDAD DE LOS ASISTENTES A LA MISMA, ENTRE OTROS, EL SIGUIENTE ACUERDO

ACUERDO ADOPTADO POR LA JUNTA DIRECTIVA DEL ILUSTRE COLEGIO

NOTARIAL DE VALENCIA, EN SU SESIÓN DEL DÍA 15 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Con frecuencia alarmantemente creciente en los últimos tiempos, vienen observándose presiones ejercidas sobre notarios pretendiendo condicionar o impedir, en pro de intereses particulares, el ejercicio libre de su función, que fundamentalmente consisten en:

- a) Requerimientos dirigidos, al menos en forma privada, al notario para que se abstenga de autorizar una escritura o póliza, alegando o poniendo en su conocimiento situaciones jurídicas obstativas según el solicitante.
- b) Amenazas directas o veladas de demandas, denuncias o querellas si se autoriza un determinado otorgamiento.
- c) Pretensiones de que el Colegio Notarial publique determinadas situaciones jurídicas para conocimiento de los Notarios, en relación con las situaciones expresadas.

Obviamente dichas actuaciones resultan inadmisibles, por contradictorias con el recto ejercicio de la función notarial, en particular considerando:

1. El carácter obligatorio de la prestación del ministerio notarial, salvo en los casos previstos en la normativa aplicable.
2. El carácter de procedimiento reglado de la actuación notarial y el sistema de recursos previstos en su normativa.

3. La imperatividad de las normas sobre publicidad de las situaciones jurídicas y de su eficacia frente a terceros.

Conviene recordar además, que el artículo 44 del Reglamento de Régimen Interior preceptúa que 'El Notario que se considere inquietado o perturbado en el ejercicio de su función, especialmente cuando ello suponga que no pueda prestar con independencia o imparcialidad los deberes y funciones que las Leyes le encomiendan podrá pedir el amparo de la Junta Directiva'.

En consecuencia, la Junta Directiva de este Ilustre Colegio Notarial de Valencia **acuerda:**

Primero.- Instar a los notarios a la observancia de la normativa expresada ante las presiones descritas, tendentes a desvirtuar de forma antirreglamentaria, el recto ejercicio de su función.

Segundo.- Recabar de los notarios que soliciten el amparo de la Junta Directiva ante esta especie de pretensiones.

Tercero.- Ejercitar las acciones que procedan contra los perturbadores con inclusión en su caso de la denuncia o querrela por el posible delito de coacciones tipificado en el artículo 172 del Código Penal.

Y para que así conste, expido esta certificación con el Visto Bueno del Ilmo. Sr. Decano Don Joaquín Borrell García; certificación de acuerdo que se traslada a V.S. para su conocimiento y efectos; en Valencia a veinticinco de septiembre de dos mil ocho.

Instituciones de protección de la persona

Novedades de la Ley 25/2010 Libro II del Código Civil de Cataluña

Especial consideración del poder en previsión de incapacidad y de la administración ordenada por el donante o testador

Como señala la propia exposición de motivos de la Ley 25/2010, las instituciones tradicionales vinculadas con la incapacitación son mantenidas, pero además, y esta es la principal novedad, se regulan otras figuras que operan o pueden operar al margen de ésta, pues se constata que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promover la incapacitación judicial.

JOSÉ MARÍA VALLS XUFRE
Notario de Barcelona

En una primera lectura de los preceptos que la nueva Ley 25/2010 dedica a las Instituciones de Protección de la Persona, ya nos damos cuenta de que algo ha cambiado profundamente.

A las tradicionales Patria Potestad (hoy Potestad Parental), Tutela y Curatela, se les

añade un grupo para las personas que están fuera de la Potestad Parental, que hace pivotar el centro de gravedad de las instituciones tutelares clásicas, a otras, algunas ya apuntadas antes y otras totalmente nuevas, como por ejemplo el **Poder en previsión de la pérdida sobrevenida de capacidad** (ya en el artículo 1.732 del Código Civil

© Taco Anema / Wolters Kluwer





común) y la **Asistencia**, figura nueva en el marco jurídico español. Simplemente apuntar que ambos ejemplos tiene como denominador común que el sujeto protegido es quien toma la iniciativa, otorgando el poder, o solicitando al juez la asistencia.

No podía ser de otro modo después de ratificada por el Estado español la **Convención** sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en **Nueva York el 13 de diciembre de 2006**, en la que se prima la voluntad y las preferencias de la persona. La propia exposición de motivos pone de relieve esta circunstancia al declarar que *la Ley mantiene las instituciones tradicionales vinculadas con la incapacitación pero también regula otras que operan o pueden operar al margen de ésta; ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares, prefieren no promover la incapacitación judicial.*

Lo cierto es que, la nueva Ley permite diseñar un régimen de protección a medida para uno mismo, a través de la autotutela, el Poder en previsión de pérdida de la capacidad, la asistencia o incluso constituyéndose el propio beneficiario un patrimonio protegido. También podemos intervenir en el régimen tutelar de otras personas a las que se intenta favorecer o proteger, nombrando un tutor a los hijos, regulando la administración de los bienes donados o dejados en testamento, constituyendo un patrimonio protegido o todo ello a la vez.

La potestad parental

En esta materia, lo que primero llama la atención es el cambio de expresión terminológica.

La posibilidad de que los progenitores, no sean padre y madre, sino dos padres o dos madres, o sólo un padre o una madre, ha llevado al legislador a preferir una expresión más aséptica, y de ahí el cambio de Patria Potestad a Potestad Parental.

Otro punto destacable es el mayor **control judicial** en el ejercicio de la potestad, concediendo así el artículo **236-3** a la autoridad judicial, la posibilidad, en cualquier procedimiento, de **adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos. A tales efectos puede limitar sus facultades, exigirles la prestación de garantías, e incluso nombrarles un administrador judicial.**

Desde el punto de vista notarial, es necesario que los progenitores manifiesten que no se les ha limitado su potestad y que el fedatario llegue al convencimiento suficiente para declarar la notoriedad de su ejercicio.

En cuanto al contenido de la potestad parental, respecto de las relaciones personales es novedad la **obligación de los adoptantes, de informar** de la adopción al adoptado (artículo 235-50). Igualmente novedosa es la posibilidad de atribuir al cónyuge o al conviviente, la guarda del hijo no común, al fallecimiento del progenitor que tenía la guarda exclusiva, sin que el otro progenitor la recupere (artículo 236-15).

Para nosotros más trascendentes son las novedades en materia de representación y administración de los bienes de los hijos.

Así en sede representativa el artículo 236-18.2b) excluye de la potestad parental, la representación legal de los progenitores en actos relativos a bienes o servicios propios de la edad de los hijos de acuerdo con los **usos sociales** y, en caso de potestad prorrogada o rehabilitada, los que pueda hacer el hijo de acuerdo con su **capacidad natural**. De momento, no me atrevo a buscar ejemplos que podamos aplicar en el ámbito notarial.

Y por fin, **quedan excluidos de la necesidad de autorización judicial los préstamos, personales o hipotecarios destinados a financiar la adquisición de bienes.** En efecto el artículo **236-27**, establece que se requiere autorización judicial, para:

1.a) Enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, derechos de propiedad intelectual e industrial, u otros bienes de extraordinario valor, así como para gravarlos o subrogarse en un gravamen preexistente, salvo que el gravamen o la subrogación se hagan para financiar la adquisición del bien.

Igualmente la **letra F)** del mismo precepto, al exigir la autorización, para tomar dinero a préstamo o crédito, exceptúa que se constituyan para financiar la adquisición de un bien.

Si se trata de **compra con préstamo hipotecario**, bastará hacer constar en la hipoteca, que se otorga para financiar la compra del inmueble objeto de la escritura previa.

En caso de **intervención de un préstamo o un crédito**, consignado en póliza, mi opinión es que el notario tendrá que requerir a los progenitores para que manifiesten la finalidad de la operación crediticia, debiendo designar el bien o bienes que se pretenden adquirir, y aportar algún principio de prueba, como una factura proforma, etc., todo lo cual debe quedar plasmado o protocolizado en el propio instrumento. No creo pues, que baste la simple manifestación genérica de los progenitores de que el préstamo o el crédito se recibe para financiar la adquisición de bienes. En cambio, si se trata de una **compra con subrogación hipotecaria**, la propia escritura plasmará la finalidad de la subrogación en el gravamen, y no será necesaria, ninguna manifestación expresa al respecto.

A las instituciones tutelares clásicas se les añade otras totalmente nuevas: el Poder en previsión de la pérdida sobrevinida de capacidad y la Asistencia

No faltarán detractores de estas novedades, basándose en que en un sistema de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 C.C.), la garantía del inmueble no será suficiente para proteger al menor o incapaz, pudiendo quedar comprometido el resto de su patrimonio a consecuencia de una operación desgraciada.

Por lo demás, se mantiene como **autorización alternativa a la judicial la de los dos parientes más próximos (artículo 236-30 b)**, si bien, curiosamente desaparece para solventar los desacuerdos entre los progenitores, pues al ser uno de cada rama familiar, cada uno daba la razón al progenitor de su misma sangre, y el sistema en la realidad no ha funcionado. En cambio funciona a la perfección cuando se trata de evitar la autorización judicial estando ambos progenitores de acuerdo en la realización del acto y ya se está pensando introducirla en el propio derecho común.

Otra novedad es que los padres pueden acordar conforme al **artículo 236-9**, que se ejerza la potestad parental por uno de ellos o por ambos con distribución de funciones. Dice el precepto que a tal efecto *“los progenitores se pueden otorgar poderes de carácter general o especial, revocables en*

todo momento. Los poderes de carácter general se han de otorgar en escritura pública y se han de revocar mediante una notificación notarial”.

¿Los poderes especiales pueden otorgarse en documento privado? Evidentemente no estoy de acuerdo con esta posibilidad, que contradice el artículo 1280 del Código Civil común y toda la doctrina y jurisprudencia relativa a la figura del poder.

Precisamente por el carácter excepcional de la norma, es necesario un control notarial, que garantice la prestación de un consentimiento libre e informado. Creo que se trata de un error del Legislador, que quizá pretendía hablar de **autorización**.

Por tanto ante la imposibilidad de otorgar un poder en documento privado, y ante la imposibilidad de que el Notario pueda aceptar una autorización aunque tenga la firma legitimada para proceder por ejemplo a un acto de disposición de inmuebles por uno sólo de los progenitores, hemos de negar nuestra intervención, salvo que se tenga la autorización judicial para ello, y sin que valgan tampoco las intervenciones sustitutivas de ésta: ni la de los dos más próximos parientes ni la del menor si es mayor de 16 años.

Si ambas partes contratantes están de acuerdo se podría autorizar el acto como pendiente de ratificación por el otro progenitor, con la problemática que todos conocemos, sobretodo si la compra se pretende financiar con una hipoteca, cuyo carácter constitutivo primará a la hora de valorar el riesgo la entidad prestamista.

Novedades en materia de tutela

Delación de la tutela

En la constitución de la tutela, no hay novedad en la dativa, o de elección judicial, destacando la desaparición de la distinción entre tutela de menores e incapacitados y la nueva regulación del consejo de tutela, que como sabemos es propio únicamente de la deferida por uno mismo (autotutela) o por los progenitores.

Lástima que no se ha aprovechado para resolver de una vez claramente, la laguna que plantea la cuestión de la preferencia entre el tutor nombrado por uno mismo y el nombrado por el progenitor cuando

éste es de fecha posterior. Siempre he defendido la prevalencia del propio nombramiento, salvo que el juez en atención a las específicas circunstancias del nombrado en el momento de constituirse la tutela decida excluirlo, y de preferencia al nombrado por el progenitor.

Desaparece la distinción entre tutela de menores e incapacitados y la nueva regulación del consejo de tutela, que es propio únicamente de la deferida por uno mismo (autotutela) o por los progenitores

También queda en el aire el caso de coexistir un **poder dado en previsión de incapacidad y una autotutela de fecha posterior**. Recordemos que en ambos casos es necesaria la escritura pública y la inscripción en el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios, y la necesidad antes apuntada de que podamos tener un acceso directo al mismo. En el caso referido puede plantearse una doble solución, o la coexistencia del apoderado patrimonial y del tutor personal, o entender que el nombramiento de tutor ha revocado tácitamente el poder. De ahí la necesidad de dejar bien claro en el texto lo realmente querido por el otorgante, y de preguntarle por sus disposiciones anteriores (Vid. art.222-4.2 CCC).

En realidad, en la tutela deferida por uno mismo, o por su progenitor, no sería nada raro que se quisiera nombrar **un tutor personal y un tutor patrimonial, posibilidad que la ley reconoce al juez en el art. 222-12**. En la autotutela es fácil llegar a admitirlo ya que el poder puede otorgarse juntamente con la delación tutelar; lo importante es que quede claro. En cuanto a los progenitores tampoco hay problema ya que se pueden nombrar varios tutores, y si la distribución de funciones es clara y justificada, el juez la autorizará sin problema.

Reservas

Como dice la exposición de motivos, se han producido en la práctica un exceso de delaciones voluntarias justo antes de iniciarse el procedimiento judicial de incapacidad, y por ello se establece en el **art. 222-4.3 que son ineficaces las delaciones hechas por uno mismo desde que se insta**

el proceso sobre su capacidad o el ministerio fiscal inicia las **diligencias preparatorias**. Esto resulta ampliado a toda tutela voluntaria, en el **art. 222-9.2 b)** al proclamar que el juez puede prescindir de la designación si ésta se ha hecho dentro del **año anterior al inicio del procedimiento judicial**.

Curiosamente no encontramos ninguna norma similar en materia de poderes dados en previsión de incapacidad, aunque como hemos visto el juez puede llegar a revocar el poder si llega a constituirse la tutela (art. 222-2.3 CCC).

Consejo de tutela

El régimen del actual artículo 222-54 CCC es más simple y a la vez más amplio que el anterior, debido a la dificultad en la práctica de cumplir la normativa anterior demasiado reglamentista y a que en definitiva, el consejo sólo se reúne cuando es necesario aprobar un acto de disposición para el que el tutor necesita autorización judicial, ya que la suple si así se ha previsto en la delación.

A destacar la **disposición transitoria primera 4**, que dispone que los consejos de tutela constituidos antes de la entrada en vigor de la ley, continúan rigiéndose por la Ley 9/1998.

Exclusión por conflicto de intereses

El art. 222-17 acaba con la polémica relativa a las residencias de la tercera edad. Hasta ahora sólo se habían publicado algunas normas administrativas pero este precepto excluye de una manera total de los cargos tutelares “a todas las personas físicas o jurídicas que en virtud de alguna **relación contractual presten servicios asistenciales**”. Por tanto las residencias, fundaciones, entidades etc...que prestan servicios asistenciales no pueden ser tutores de sus propios residentes o beneficiarios tanto si la relación es en virtud de un contrato a título oneroso como gratuito.

Renuncia al ejercicio del cargo

El **art. 222-18** incorpora a las excusas de las personas jurídicas para seguir ejerciendo el cargo, una vez vigente, “la falta de recursos humanos y materiales”, precisamente porque ha ocurrido frecuentemente en la



práctica y ha habido jueces que se han resistido a reconocerla.

Administración por la persona tutelada. Desaparición de la habilitación de edad

El **art. 222-42**, contempla el caso del menor, mayor de 18 años, que con su trabajo o industria adquiere bienes, y que según el precepto citado puede administrar el mismo tutelado, con el complemento de capacidad de la asistencia del tutor para los actos del art. 222-43 (Autorización judicial para el tutor).

Es similar al caso del menor mayor de 16 años, en potestad parental, que vive independiente de sus progenitores, al que la ley equipara al emancipado (**art. 236-26**).

Aplaudamos la desaparición de la habilitación de edad que lo único que reportaba en la práctica eran conflictos entre el tutor y el pupilo, a la hora de demandarla. Es como si obtuviera automáticamente habilitación al cumplir los 16 años pero sólo respecto de los bienes adquiridos por el propio menor. La diferencia con un menor sometido a la potestad parental es que éste podrá ser emancipado, y el sometido a tutela no.

Las razones del cambio son sutiles, pero para los conocedores de los problemas reales son suficientes para justificarlo, entre ellas la de que los sometidos a tutela institucional demandan todos la habilitación para sustraerse a su control.

Evidentemente los habilitados conforme al art. 217 del Código de Familia no resultarán afectados por la nueva ley y se regirán por lo establecido en la regulación anterior, aunque no hay ninguna disposición transitoria al respecto.

Rendición de cuentas

Artículos 222-31 y 222-49. La nueva regulación es más amplia y dependiente del criterio judicial. Así el juez, si el patrimonio es importante puede exigir que se acompañe una auditoria de cuentas. Si por el contrario es reducido, puede ampliar el plazo de rendición de cuentas hasta los tres años, no siendo por tanto necesaria la presentación anual.

A efectos prácticos destacar, que ya no es necesario el depósito de cuentas en el Registro Civil, lo que hacía que allí se quedaran por tiempo indefinido. La exigencia de que se presenten al juez competente, asegura que serán revisadas.

Autorización judicial

Artículos 222-43.1.a) f) y h). En el Código de Familia quedaba la duda de si el tutor, que no necesitaba autorización del juez para comprar una vivienda con subrogación en la hipoteca vigente, en cambio debía obtenerla, para comprar e hipotecar en el mismo acto. (Problemática similar a la resuelta por nuestra Dirección General en materia de gananciales)

La dicción de la nueva ley es clara y precisa: **“a) Enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, derechos de propiedad intelectual o industrial, u otros bienes de extraordinario valor, y también GRAVARLOS O SUBROGARSE en un gravamen preexistente, salvo que el gravamen o la subrogación se hagan para financiar la adquisición del bien”.**

Por su parte la **letra f)** contempla otra novedad, al exigir la autorización en los préstamos o créditos, *salvo que se constituyan para FINANCIAR la adquisición de un bien.*

En el caso de la **letra a)** bastará una referencia en cada escritura a la otra. En el de la **letra f)** el tutor tendrá que manifestar en el instrumento que autoricemos la referencia a la adquisición de determinado bien, sin que valgan las de carácter general, valga lo dicho antes en materia de Potestad Parental.

Por último la **letra h)** del precepto, exige en todo caso la autorización judicial, para **garantizar obligaciones ajenas**. Recordemos que el correlativo del Código de Familia, sólo la exigía cuando se trataba de garantizar, por medio de fianza o derechos de garantía, obligaciones ajenas por un plazo superior a 10 años.

La curatela

La curatela de los menores emancipados, sigue siendo únicamente una figura para complementar la capacidad del emancipado, en los mismos casos del art. 222-43 CCC (Autorización judicial al tutor). El cu-

rador complementa la capacidad, pero no tiene la representación.

El legislador catalán a través de la figura de la curatela regula la denominada tutela graduada, novedad legislativa a destacar

En la **curatela de los incapaces con capacidad relativa**, es donde aparece la novedad pues el **art. 223-6** permite al juez en atención a las circunstancias del caso otorgar la representación al curador al establecer que *“La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida...”* Aquí tenemos pues la tutela graduada, que por fin es acogida por el legislador catalán, a través de la figura de la curatela.

No creo que lo anterior sea aplicable, al **tercer tipo de curatela, la del pródigo**, aunque hay que reconocer que debido a las muy diversas causas que conducen a la prodigalidad, cuando sea necesario arbitrar una representación mas que un complemento, se acudirá en la práctica al proceso general por falta de capacidad.

El defensor judicial

No hay novedades muy importantes en esta figura, que como sabemos realiza una función complementaria de las instituciones tutelares, incluida la potestad parental, en aquellos casos en que se aprecia un conflicto de interés entre el titular de la guarda y el pupilo.

Destaquemos que el **art. 224-5 CCC** permite al juez conferir al defensor judicial funciones de **verdadero tutor** en aquellos casos en que los padres o el tutor, no pueden ejercer transitoriamente el cargo.

También traer a colación que no se ha aprovechado la nueva ley para resolver un problema que se ha planteado en numerosas ocasiones: en una cuestión de urgencia el tutor realiza una actuación en la que se produce un conflicto de intereses con el pupilo; como el tutor no quiere que el acto permanezca anulable, ¿podrá pedir directamente la ratificación judicial, o debe proceder a solicitar el nombramiento de un defensor judicial para que sea éste quien lo

ratifique? Pienso que lo razonable es la ratificación directa por el juez, aunque en más de una ocasión el juez se ha negado a ello prefiriendo el nombramiento de defensor judicial.

La guarda de hecho

La persona física o jurídica, que cuida de un menor o una persona en la que se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o los titulares no ejercen estas funciones, tiene la obligación de comunicar el desamparo en el plazo de 72 horas a la autoridad competente.

Es el **art. 225-2** que tratándose de menores no distingue entre guardadores, personas físicas o jurídicas, familiares o no, del menor. En cambio respecto de los mayores de edad sólo impone dicha obligación a los **titulares de establecimientos residenciales** donde se halle el sujeto.

La exposición de motivos dice que este distinto tratamiento obedece a que en personas ancianas, es excepcional el caso de que la familia tome la decisión de incapacitar a menos que sea necesario para realizar algún acto de disposición.

La asistencia

Esta es una figura jurídica nueva introducida por la ley que contempla los casos de disminución no incapacitante de las facultades físicas o mentales. Responde a la filosofía recogida en la **Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad** (Nueva York. 13 diciembre 2006), ratificada por el Estado Español.

La asistencia tiene un primer desarrollo en Cataluña a través del artículo 226 del CCC. y sus siete números.

Recientemente ha entrado en vigor la Orden del "Departament Social i Ciutadania" de 28 de Septiembre de 2010 que desarrolla la Ley 39/2006 de 14 de Diciembre sobre "Promoció de l' Autonomia Personal i Atenció a les Persones en Situació de Dependència". En esta normativa se regula desde el punto administrativo, el copago por el asistido y la Generalitat, de los honorarios de los profesionales, personas físicas o jurídicas, que se dedican a la **asistencia fundamentalmente personal**, de personas con discapacidad.

En cambio las normas que contiene el Código, son puramente civiles. Hasta tal punto que el régimen jurídico en lo no previsto especialmente, es el de la tutela. Así, se aplican las reglas sobre aptitud, excusa, remoción y rendición de cuenta.

La diferencia con la tutela es que aquí, quien solicita al juez el nombramiento de un asistente es el propio asistido, porque recordemos, es esencial que haya una disminución no incapacitante, y esta puede ser tanto psíquica como puramente física.

La Asistencia es una figura jurídica nueva introducida por la ley y que contempla los casos de disminución no incapacitante de las facultades físicas o mentales

Pensemos por ejemplo en el caso de un tetrapléjico, con una capacidad mental plena pero que necesita un asistente patrimonial para dirigir su patrimonio que puede ser importante. Evidentemente puede recurrir al otorgamiento de poderes a favor de personas o entidades que cuiden de ello, pero puede sustituirlo o complementarlo con el nombramiento judicial de asistente, con las garantías que ello implica.

El art. 226-7 establece que la asistencia para que sea oponible a terceros debe inscribirse en el Registro Civil.

En cuanto al contenido, podemos distinguir entre un ámbito personal y otro patrimonial.

En el **ámbito personal** corresponde al asistente, especialmente, recibir la información y adoptar las decisiones en materia de tratamientos médicos a que se refiere el art. 212 en sus números 1 y 2.

En el **ámbito patrimonial** el asistente en principio interviene con el asistido en los actos. Es, y valga la redundancia, una simple asistencia. Pero según el caso puede ir más allá y a petición de la persona asistida, el juez puede atribuir al asistente facultades de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades del asistido para hacer actos de aquella naturaleza por sí mismo. (**art. 226-2 CCC**).

Patrimonios protegidos

Los Patrimonios Protegidos ya estaban regulados en la normativa estatal por la **Ley 41/2003 de 18 de noviembre**, vigente en Cataluña hasta el 31 de diciembre, a partir de cuya fecha entrará en vigor la normativa del CCC, cuya principal novedad es la concreción de la responsabilidad del patrimonio protegido, **verdadero blindado en el tráfico jurídico**.

Responsabilidad

La responsabilidad se limita a la derivada por los mismos actos del administrador del patrimonio en el ejercicio de su función. Así del **art. 227-2.2** se deduce que no responde de las obligaciones del beneficiario, ni de las del constituyente, ni de las de los aportantes, ni de las obligaciones propias del administrador.

Sólo responden de las obligaciones del constituyente o del aportante si se dan estas dos condiciones:

Que se trate de **obligaciones contraídas con anterioridad** a la constitución o aportación.

Que **no queden otros recursos** a los acreedores, para cobrar.

Titularidad

Otra novedad muy importante, es la propia **definición de la institución** que hace el **Art. 227-2.1**. y que en resumen podemos caracterizar así:

- 1) **Es un patrimonio de destino**, cuya finalidad exclusiva es la satisfacción de las necesidades del beneficiario, pudiendo ser invertido para obtener rendimientos para dicho fin, o simplemente **gastado en ello**.
- 2) **No tiene personalidad jurídica**, ni por tanto titular. Evidentemente habrá que asignarle un N.I.F. para individualizarlo fiscalmente.
- 3) **Es un patrimonio autónomo**. La Ley estatal 41/2003, atribuye al beneficiario la titularidad del patrimonio protegido. El artículo que examinamos dice que *"se identifica por el nombre que consta en la escritura de constitución y es un patrimonio autónomo, sin personalidad"*



jurídica sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real”.

Beneficiario

Artículo 227-1 CCC. Siempre una persona física, pero puede ser menor o mayor de edad, sometida a potestad parental o no, incapacitada o no, pero con una discapacidad:

- 1- Psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- 2- Física o sensorial igual o superior al 66 por ciento.
- 3- Grado de dependencia de grado II (moderada) o III (gran dependencia).

Si la persona ha sido incapacitada la sentencia bastará para acreditar la cualidad de beneficiario. Si no hay incapacitación habrá que recurrir a la certificación administrativa.

Constitución

Artículo 227-3 CCC. Resumidamente el precepto impone los siguientes requisitos:

- 1) **Escritura pública e inscripción**, en el registro especial que se crea por la ley y que se desarrollará reglamentariamente y también en el registro de la propiedad.
- 2) **Constituyente**, que puede ser cualquier persona física o jurídica. Incluso el propio beneficiario puede constituirse así mismo un patrimonio protegido.
- 3) **Aceptación** por el beneficiario o su representante. A falta de otras normas entiendo aplicables aquí las generales de las donaciones y así, si no se hace en vida del constituyente, los herederos de él podrán revocarla.
- 4) **Designación del administrador**, con determinación de sus facultades, limitaciones, autorizaciones complementarias, reservas, garantías, sistemas de control, etc...
- 5) **Destino o destinatario del remanente**. Puede ser el constituyente u otra persona física o jurídica. Fiscalmente el destinatario tendrá el tratamiento de donatario o legatario del constituyente,

dependiendo de que esté vivo o ya haya fallecido al producirse el traspaso al destinatario del remanente.

Administración

Artículo 227-4 CCC. Puede ser cualquier persona física o jurídica excepto el propio beneficiario. Puede serlo por tanto el mismo constituyente a menos que sea el mismo beneficiario. En cambio en la ley estatal el beneficiario puede ser también el administrador del patrimonio protegido.

A falta de disposición en la escritura de constitución se le aplicarán las normas relativas al tutor.

En especial en lo relativo a aptitud, excusa y remoción, administración y disposición, así como rendición de cuentas al administrador del patrimonio protegido se le aplicarán las normas de la tutela.

El juez puede adoptar las medidas necesarias para el buen funcionamiento del patrimonio protegido y por tanto, modificar las disposiciones de la escritura de constitución relativas a la administración

Habrà que meditar bien la redacción de la escritura, o bien remitirse a la regulación legal. No obstante, con arreglo al **art. 227-5** el juez puede adoptar las medidas necesarias para el buen funcionamiento del patrimonio protegido, y en consecuencia puede modificar las disposiciones de la escritura de constitución relativas a la administración.

Publicidad registral

En la ley estatal se impone al “notario la comunicación de la constitución de patrimonio protegido al fiscal de la circunscripción del domicilio del beneficiario... debiéndose hacer constar la representación legal del administrador en el **Registro Civil**”. En el CCC la disposición adicional primera crea el **Registro Especial** de Patrimonios Protegidos que se regulará por reglamento posterior. Además el **art. 227-9** dispone: “*Los bienes que integran el patrimonio protegido son inscribibles en el registro de la propiedad*

o en otros registros públicos a favor del mismo patrimonio con la denominación que consta en la escritura... En la inscripción de los bienes que integran el patrimonio protegido se han de hacer constar las facultades conferidas al administrador, las causas de extinción del patrimonio protegido y el destino establecido para el remanente”.

Pluralidad de patrimonios protegidos

La ley estatal parece dar por supuesto que sólo puede constituirse un patrimonio protegido a favor de un mismo beneficiario. Siempre habla del acto de constitución y de las sucesivas aportaciones. Además el régimen fiscal que diseña parece abocar a esa misma conclusión. El CCC si bien no lo dice expresamente, lo cual es de criticar pues la duda ya nos surgió con la ley estatal, de su regulación puede deducirse la posibilidad de que haya varios patrimonios protegidos y un mismo beneficiario.

Mi tesis se basa en argumentos positivos, como es su definición como patrimonio de destino, autónomo y sin personalidad jurídica, pero con un destinatario final del remanente designado en la propia escritura y que puede ser el mismo constituyente o sus herederos. Esto choca con las aportaciones de otras personas, las cuales designarán a sus propios destinatarios finales.

Evidentemente una vez constituido, si alguien distinto del constituyente quiere realizar una aportación propia al Patrimonio Protegido, podrá hacerlo, pero sin modificar la escritura de constitución. Si por ejemplo quiere dar un destino distinto al remanente, podrá otorgar un nuevo patrimonio protegido, con iguales menciones que el anterior, pero cambiando el destinatario final o cualquiera de sus disposiciones.

También, desde un punto de vista de técnica legal, las disposiciones fiscales de la ley estatal, que continúan vigentes bajo el CCC, son adaptables a la pluralidad de patrimonios.

Y por último la lógica jurídica dicta que ante las situaciones de separación de los progenitores tiene que favorecerse la posibilidad de que uno de los padres o sus familiares, quieran construir de una forma un patrimonio protegido, y el otro quiera hacerlo de un modo completamente distinto.

Protección de los menores desamparados

El **Artículo 228 CCC** da un concepto muy amplio, ya que la regulación se aplica a todo menor en una situación tal que implique la necesidad de separarlo de su núcleo familiar propio.

La declaración de desamparo comporta la asunción de funciones tutelares por las entidades públicas designada al efecto.

Esta declaración judicial no afecta a la obligación de prestar alimentos, ni a las relaciones personales por parte de la familia originaria. Todo ello deberá determinarlo el juez en su resolución.

El fin último de la declaración de desamparo es la de **instalar al menor en una familia de acogida**. Para ello se designará al titular, o titulares del acogimiento familiar, a los cuales el juez les conferirá la guarda y el ejercicio de la tutela por delegación de la entidad pública competente, la cual por tanto continúa ejerciendo en todo momento unas funciones del asesoramiento y vigilancia del acogimiento.

El poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad

La redacción originaria del Código Civil incluía la **Interdicción Civil** como causa de extinción del mandato; pero **NO contemplaba expresamente la incapacitación**. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia pronto se pusieron de acuerdo en equiparar por analogía interdicción e incapacitación. De ahí nuestra tradicional fórmula notarial al enjuiciar la suficiencia y legitimidad del poder: "... el representante manifiesta que el poder no le ha sido revocado, modificado o condicionado y no han variado las circunstancias personales del poderdante....".

La Ley estatal **8/1984** eliminó del artículo 1732 del Código Civil común la Interdicción Civil, pero en todos los foros jurídicos se continuó entendiendo que la capacidad del poderdante era una condición ínsita en el contrato de mandato basado en la confianza de ambas partes.

Dicho vacío legal fue llenado por la Ley estatal **1/1996 de Protección del Menor** que incluyó expresamente la incapacitación

del mandante o del mandatario como causa de extinción del mandato.

Por último con la reforma de **18 de noviembre de 2003 (Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)** se da al artículo **1732** una nueva redacción reconociendo la posibilidad de que en el mismo mandato "*se hubiera dispuesto su continuidad o se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*".

Este precepto venía a reconocer y regular una realidad ancestral, y es que el típico Poder General en la mayor parte de los casos obedece a la voluntad de los particulares de evitar la intervención judicial, y todo lo que supone una incapacitación en toda regla. Los poderes generales se han hecho para evitar los problemas de actuación jurídica de personas mayores afectadas por las normales deficiencias físicas y psíquicas propias de la edad. Luego estas deficiencias van empeorando, aparecen las alteraciones de memoria y consciencia, con días buenos y otros no tanto, que se van convirtiendo en días malos y otros peores.

Lo cierto es que cuando se otorga el poder general el Notario vela por la plena capacidad de obrar del poderdante, pero después lógicamente al aumentar la edad va disminuyendo aquélla. Al disminuir esa capacidad disminuye también la posibilidad que tiene el poderdante para revocarlo, y de ahí el exquisito cuidado que debe presidir el otorgamiento de estos poderes.

La redacción originaria del Código Civil incluía la Interdicción Civil como causa de extinción del mandato; pero **NO contemplaba expresamente la incapacitación**. En la actualidad se equiparan por analogía

Esto explica que la **Ley 25/2010**, al regular la materia en principio con un precepto muy parecido al del Código Civil común, después contenga una norma de previsión, **remitiendo a la autorización judicial para los mismos casos que el tutor la necesita**. En principio nada que objetar, pero la **disposición transitoria primera.2, somete los poderes anteriores al imperio de la nueva Ley**, lo cual puede producir efectos no deseados, sobretudo en aquellos casos

en que habiéndose otorgado un poder de tal carácter, el poderdante haya devenido incapaz, y no pueda ya manifestarse al respecto.

Veamos detenidamente los siguientes preceptos:

Artículo 222-2. Poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad.

1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses.

2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder.

3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder.

Artículo 222-44. Autorización judicial.

3. El apoderado, de acuerdo con el artículo 222-2.1, necesita la autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Instituciones tutelares.

2. Los poderes en previsión de una situación de incapacidad otorgados, en aplicación del derecho estatal supletorio, antes de la entrada en vigor de la presente Ley quedan sujetos, en cuanto a su eficacia y régimen de ejercicio, a lo establecido por el Código civil.

Esta disposición transitoria plantea el dilema de los poderes otorgados con anterioridad, en los que a partir de la vigencia de la Ley 25/2010, el apoderado necesita autorización judicial, en los mismos casos que el



tutor, a no ser que en el poder, el poderdante expresamente la excluya. En el derecho estatal, no existe una norma que someta al apoderado a la autorización judicial en los mismos casos que el tutor la necesita y hasta ahora los poderes otorgados en Cataluña no contenían ninguna previsión al respecto.

O sea la cuestión más importante que aquí se plantea es la relativa a la necesidad de autorización judicial para los mismos casos en los que la ley lo exige para los tutores y su incidencia respecto de los poderes otorgados con anterioridad a la Ley 25/2010.

En efecto, el art. 222-44.3 CCC exige al apoderado autorización judicial en los mismos casos que el tutor... salvo que el poderdante la haya excluido expresamente; y su disposición transitoria primera.² sujeta a todos los poderes otorgados con anterioridad (de acuerdo con el art. 1732 del CC), en cuanto a su eficacia y régimen de ejercicio a las disposiciones del CCC. En régimen de derecho común no es necesaria ninguna mención al respecto, y por tanto los otorgados hasta ahora en Cataluña con arreglo al citado precepto, no contienen ninguna previsión en cuanto a los actos para los que la ley exige la autorización judicial al tutor.

La conjunción del artículo 222-44.3 y la disposición transitoria citada tiene una importancia enorme pues a partir de su vigencia, 1 de enero de 2011, los poderes que hemos autorizado con arreglo al artículo 1732 CC quedan limitados, en sus facultades dispositivas sobre inmuebles por ejemplo, a la obtención por el apoderado de la autorización judicial. Hasta el día 31 de diciembre de 2010 el apoderado podía por sí solo vender un inmueble del poderdante que se ha incapacitado, pero a partir del día siguiente no podrá hacerlo sin ella.

Muchos de estos poderes se otorgan cuando ya se empieza a prever que en un futuro próximo va a producirse una situación de incapacidad, lo cual hace que deban extremarse las precauciones en el otorgamiento

¿Habrá que avisar a las personas a las que hemos autorizado un poder de este tipo de que la Ley ha cambiado?

Pensemos que habrá muchos que ya no podrán modificar o ampliar el poder anterior pues efectivamente habrán devenido incapaces.

La voluntad del legislador parece clara, pero a nivel personal, se me antoja como poco meditada, en cuanto a sus consecuencias. Es una cuestión a debatir, y me gustaría encontrar un argumento sólido, para defender la integridad de los poderes anteriores, a fin de evitar situaciones de perplejidad como por ejemplo, poderes otorgados por marido y mujer a favor de sus hijos; que uno de los dos ya sea incapaz, y que pueda hacerse la modificación respecto de uno y no del otro. Es tan solo un ejemplo de los muchos que podríamos citar.

Para otros, toda la cuestión queda sujeta a la consideración de que **una Ley autonómica no puede modificar, lo que se haya verificado bajo el imperio de una Ley Estatal**, aunque reconocen que a partir de su vigencia, no controvertida por un posible recurso de inconstitucionalidad, los actos jurídicos que se realicen en dicho ámbito autonómico, deberán sujetarse a la nueva Ley. No vamos a entrar en esta cuestión, para mí ya resuelta por innumerables sentencias del constitucional al declarar que no existe colisión de rango entre dos leyes, una estatal y otra autonómica; simplemente la posterior modifica a la anterior.

Y es que una Ley autonómica sobre su ámbito territorial, no tiene ni mayor ni menor rango que una estatal, y si la norma autonómica no es impugnada por inconstitucional, modifica, anula o suple la de mismo rango estatal.

Otros defienden la integridad de los poderes otorgados, en criterios de lógica y seguridad jurídica.

El poderdante cuando otorgó el poder era consciente de que el apoderado quedaba facultado para realizar actos de disposición de inmuebles, por sí solo y sin autorización del juez. Precisamente esto es lo que quería el poderdante: evitar la intervención judicial. La seguridad jurídica exige que las facultades del apoderado se mantengan sin excepción, en los poderes otorgados con anterioridad, pues imaginemos una venta en documento privado, que ahora se quiere elevar a público; la carta de pago y cancelación de una condición resolutoria en una venta con precio aplazado otorgada antes de la vigencia de esta ley, etc....

A estos argumentos se les puede oponer, la letra de la ley y la voluntad del legislador de asegurar que el poderdante, al otorgar el poder sea consciente del alcance de su acto. Ciertamente algunos de estos poderes se han convertido en un instrumento de expolio del patrimonio del poderdante.

Nos encontramos pues ante una clara y diáfana literalidad de la disposición transitoria primera.²: "Los poderes en previsión de una situación de incapacidad otorgados, en aplicación del derecho estatal supletorio, antes de la entrada en vigor de esta Ley quedan sujetos, en cuanto a su EFICACIA Y RÉGIMEN DE EJERCICIO a lo que establece el Código Civil".

Ojalá se tratara de una errata, y bastara solo con añadir "común" a la expresión Código Civil, pero queda claro en el texto que el artículo 1732 es el derecho estatal supletorio, y cuando la Ley habla del Código Civil, se refiere al CATALÁN.

Finalidad del poder en previsión de la pérdida de capacidad

Lo que más destaca del artículo 222.2 es que la vocación del poder es que la persona incapaz no haya de someterse a tutela. Literalmente dice: **"No es preciso poner en tutela..."**

Esta es la primera frase del precepto, pero en la última se prevé que la autoridad judicial en el momento de constituirse la tutela o con posterioridad, **a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder**. A pesar de la literalidad de la palabra "extinción" pienso que también podrá limitarlo.

Es decir, puede haber COEXISTENCIA DE TUTOR Y APODERADO, correspondiendo al Juez delimitar el ámbito de actuación de cada uno.

Como el Juez puede nombrar un tutor personal y otro patrimonial, cabe pensar también en la coexistencia de un tutor y un apoderado, el primero cuidando de la esfera personal del incapaz, y el segundo de la patrimonial, en el ámbito de las facultades concedidas en los propios poderes, limitadas por decisión judicial si fuere el caso.

Sujetos

El poderdante

Puede ser cualquier persona física mayor de edad con plena capacidad de obrar, circunstancia que tendrá que apreciar el Notario autorizante. Como antes hemos visto, muchos de estos poderes se otorgan cuando ya se empieza a prever que en un futuro próximo va a producirse una situación de incapacidad, lo cual hace que deban extremarse las precauciones en el otorgamiento. Como reflexión y, también, como forma personal de actuación, intentaremos que **en este tipo de poderes se refleje por su contenido, que el poderdante es perfectamente consciente de que está sustituyendo una institución tutelar**, minuciosamente regulada por la Ley, por una figura jurídica, la del poder, en la que salvo los preceptos generales del mandato, queda a su propia voluntad su organización y funcionamiento.

Con esto intento decir que no debemos contentarnos con la redacción de una cláusula de estilo. En el poder sustitutorio de la tutela, debemos poner de relieve al poderdante que hay una serie de puntos que deberían quedar definidos como medidas de control, autorizaciones complementarias para determinados actos, etc... Todo ello además nos ayudará a formar un juicio de capacidad del poderdante mucho más realista, ya que en sus respuestas y decisiones reflejará su aptitud para comprender lo que está haciendo.

Por ejemplo, el número de apoderados y la forma de actuación de los mismos. Si tiene varios hijos mayores, será conveniente que todos ellos aparezcan en el poder como apoderados, o en funciones de control. Son precisamente esos hijos fuera del poder, los que en la práctica han impugnado autorizaciones de poderes, con la posible responsabilidad notarial.

Por último una cuestión importante es la de si la regulación contenida en el C.C.C. es aplicable únicamente a los poderes otorgados por personas que tengan vecindad civil catalana. En tal caso, la limitación de la autorización judicial, ¿será aplicable según la vecindad civil del poderdante? Esto conlleva otro problema: persona que al otorgar el poder tiene una vecindad civil y después, al incapacitarse, tiene ya la vecindad catala-

na. Ocurre lo mismo que con el testamento y las legítimas.

En la práctica tendremos el problema de que las vecindades civiles no se certifican; se manifiestan por el interesado o en estos casos por el apoderado.

¿Habrá que aplicar la norma con carácter territorial? Es decir, en Cataluña si el poder no lo excluye, ¿es necesaria la autorización judicial para disponer de inmuebles con independencia de la vecindad civil del poderdante? ¿Es una norma territorial basada en consideraciones de orden público? Recordemos que en derecho interregional no cabe acudir al orden público porque es común a todo el Estado.

Podría también discutirse si el punto de conexión es el lugar donde se celebra el acto de disposición del inmueble o el lugar donde radica el inmueble; pero aunque la vecindad civil del poderdante sea un criterio inseguro, dependiente solo de la manifestación del apoderado, es el que debe prevalecer. A falta de normativa expresa al respecto, el único criterio para determinar la aplicación de una institución relativa a la persona y su capacidad, es el de su vecindad civil.

El apoderado

Puede ser persona física o jurídica, o si son varios apoderados, una combinación de ambas. Pensemos que existen entidades especializadas en la protección de personas discapacitadas. También se pueden dividir las facultades, entre varias personas físicas o jurídicas, otorgándose facultades solidarias o mancomunadas, con el mismo o con diferente ámbito de actuación. Incluso puede haber varios poderes, a varios apoderados con facultades diversas... En caso de prever una autocontratación o intereses contrapuestos es conveniente determinar o especificar los supuestos o nombrar un sustituto para salvarla.

En definitiva **es aplicable la doctrina general del poder** en todos los aspectos y por tanto no me voy a extender pero vuelvo a insistir, estamos autorizando un poder que presumiblemente el poderdante no va a poder revocar, ni controlar, por lo que extremaremos nuestro cuidado sobretodo en este punto de los apoderados y sus facultades, porque además nos servirá para confirmar la aptitud del poderdante y evi-

tar futuras impugnaciones por parte de familiares que se sientan perjudicados en sus expectativas hereditarias.

Objeto

El poder en previsión de pérdida de la capacidad puede tener por objeto, unas facultades de índole personal y otras de carácter patrimonial, aplicándose la normativa general que ya conocemos. Las facultades concedidas al apoderado pueden ser tan amplias como las de un poder general o tan restringidas como las de un poder especial.

Las facultades concedidas al apoderado pueden ser tan amplias como las de un poder general o tan restringidas como las de un poder especial

Las limitaciones pueden ser de cuantía o para determinados actos de disposición, pudiendo por ejemplo exigirse para ellos un complemento, como la autorización de determinada persona, un profesional, una tasación etc...La misma libertad tendrá el poderdante para organizar las medidas de control que estime convenientes como por ejemplo rendición de cuentas anual a una junta de parientes, a una entidad especializada etc... **Vale la pena establecer un buen sistema porque sino la autoridad judicial podrá revocar el poder, limitarlo, condicionarlo, y nombrar un tutor, cosa que se trataba de evitar.**

Al respecto, algunos compañeros piensan que las limitaciones establecidas en la Ley para los tutores se circunscriben o deben interpretarse solo respecto de los **poderes concebidos en "términos generales" para el caso de discapacidad; no de los "poderes generales"** que normalmente utilizamos los notarios en los que a título meramente enunciativo y no limitativo, se enumeran las facultades del apoderado, una por una y de forma específica.

Entre estas facultades están las dispositivas de bienes inmuebles, el gravamen de los mismos, la solicitud de préstamos, etc.. Pues bien, si el poderdante no ha limitado al apoderado éstas facultades es porque quiere concederle una total autonomía en el ejercicio del poder. El poderdante bien



podría haber delimitado su ejecución exigiendo una autorización complementaria, como la de un pariente o persona de confianza. Si no lo ha hecho es porque su voluntad es la de que el apoderado actúa con plena libertad, y en este sentido deben interpretarse los poderes generales que hemos autorizado conforme al artículo 1732 del Código Civil común. Es decir, **la enumeración de facultades dispositivas, y la manifestación de que la misma solo tiene carácter enunciativo y no limitativo, debe interpretarse como una voluntad del poderdante, excluyente de la limitación establecida en el nuevo artículo 222-44.3 del Código Civil común.**

Claro que esa voluntad insita o tácita en la determinación pormenorizada de los actos que puede realizar el apoderado, sin expresar límite alguno, choca no obstante con la dicción literal del precepto citado: *"El apoderado necesita la autorización judicial en los mismos casos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido EXPRESAMENTE"*.

Forma: escritura pública e inscripción

El **art. 222-2** exige que el poder se otorgue en escritura pública y el **art. 222-8.3** que se inscriba en el Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentarios, al igual que hasta ahora veníamos haciendo con las autotutelas y las tutelas deferidas por los titulares de la potestad parental.

La escritura puede ser específicamente un poder, o este puede estar incluido en otra, como unos capítulos, un pacto sucesorio etc... y cabe plantearnos la cuestión de su revocabilidad si están contenidos en un negocio jurídico irrevocable. A mi entender prevalece el carácter personalísimo de este tipo de poder, y no hay que admitir ninguna excepción a la revocabilidad.

En cuanto a la inscripción, se nos plantea también la cuestión de los poderes otorgados con anterioridad. Quede claro que la inscripción no tiene carácter constitutivo, y el registro solo tiene funciones informativas, ya que no solo se inscribirá el otorgamiento sino también su revocación aunque no se diga expresamente. En este sentido hay que aplaudir al legislador, una vez desaparecido el registro notarial de poderes; por ello abogo por la conveniencia de registrar todos los poderes anteriores en cuanto sea posible. Interpreto que las revocaciones de

poderes anteriores que no estén inscritos también deberán registrarse.

La finalidad primaria del Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentarios era la de informar al juez de la existencia de una autotutela o una tutela deferida por los progenitores y por eso es necesario inscribir también su modificación o revocación.

La finalidad principal del Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentarios es la de informar al juez de la existencia de una autotutela o una tutela deferida por los progenitores

Ahora, además, se trata de **evitar que se constituya una tutela si existe el poder**: el juez al iniciar el proceso de incapacitación, debe consultar el registro y a través de su certificación será informado del notario autorizante y demás datos necesarios para que solicite una copia del poder. Si a pesar del poder llega a constituirse la tutela porque el juez lo revoca o modifica, la lógica jurídica dicta que la autoridad judicial oficiará al Registro y al notario autorizante para su constancia en la matriz.

Pensando en este sistema y trasladándolo a la práctica notarial no queda más remedio que defender la necesidad de procurar la inscripción de los poderes anteriores, la de los posteriores, sus revocaciones o modificaciones, así como la consulta a dicho Registro cuando el apoderado pretenda ejercer sus facultades manifestando que el poderdante ya se halla en una situación de incapacidad.

El problema es que habrá que **habilitar un sistema de acceso telemático** que de momento no existe para que la información sea instantánea.

Lo cierto es que el legislador ha depositado en nosotros los notarios una gran confianza lo que conlleva una grave responsabilidad. Al sustituir a la tutela, o a la curatela, no puede quedar el poder en previsión de pérdida de la capacidad en una cláusula de estilo más o menos compleja, sino que debe demostrar que ha sido objeto de una personalización meditada conjuntamente por el poderdante, el notario autorizante y los demás profesionales que aporten su consejo.

Evidentemente en los poderes que se autoricen a partir de ahora con una simple frase queda resuelto el problema "... relevando al apoderado de las obligaciones y limitaciones que la Ley establece para el tutor...".

Pero lo cierto es que la Ley no quiere que este tema se resuelva con una simple fórmula. En realidad el Legislador está pidiendo a la clase jurídica un cuidado especial en esta materia. Nos está dando elementos como dijimos para diseñar una "pseudotutela" a medida, pero también quiere que aconsejemos que el poder en previsión de pérdida de la capacidad no se convierta en una fórmula más. Creo que nos está exigiendo una inmisión más profunda en las expectativas y necesidades del poderdante para poder aconsejar lo más conveniente para él, su persona y su patrimonio.

Podríamos proponer una especie de **plantilla o cuestionario** para ayudar al poderdante a formar su voluntad, como por ejemplo dilucidando los siguientes puntos:

Inicio de la vigencia del poder: Desde el mismo momento del otorgamiento, en una fecha determinada, o cuando se cumpla un evento como un diagnóstico médico determinado, etc...

Extinción: Por cumplir el apoderado una cierta edad, por no haber superado un control establecido por el poderdante, etc...

Apoderados y sustitutos: Si son indistintos o mancomunados, la forma de sustitución en caso de fallecimiento, imposibilidad, o contraposición de intereses etc...

Ámbito de facultades: Administración, disposición, autorizaciones complementarias, medidas de control, generales o específicas para determinados actos, etc...

Autocontratación y contraposición de intereses: su admisibilidad sin reservas, o con las garantías de cada caso.

Segundas copias: Facultad que se le puede otorgar, sin más o condicionándola por ejemplo a la autorización de una persona de confianza. En caso de no haberse previsto siempre podrá el apoderado alegar judicialmente el extravío y solicitar que sea el juez quien ordene la expedición de otra copia auténtica.

Sustitución del poder: Recordemos que en materia de poderes civiles la norma general es la facultad del apoderado para sustituir sus poderes a menos que se le haya prohibido (**art. 1721CC**). Pero en este caso estamos ante un poder personalísimo y es lógica la norma especial del **art. 221-2 CCC** que dentro de las disposiciones comunes para todas las instituciones de protección de la persona establece que los titulares de funciones de protección solo pueden otorgar poderes especiales para actos concretos o para diversos actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica.

Ahora bien como no estamos ante una institución de protección propiamente dicha sino ante un instrumento, el poder, que pretende evitarla, habrá que reconocer que el poderdante puede prever y consentir al apoderado que sustituya en otra persona a entidad todas o parte de las facultades que le han sido conferidas.

Rendición de cuentas: podemos arbitrar desde una simple presentación a una persona de confianza hasta exigir la aprobación judicial, pasando por una auditoría etc...

Remuneración y gastos: aquí tenemos también una amplia libertad, pero si no se ha hecho ninguna previsión el **art. 221-3 CCC** establece la gratuidad, como principio en los cargos tutelares, pero reconoce el derecho de reembolso por los gastos ocasionados y la indemnización por los perjuicios causados.

Administración ordenada por el donante o testador

En caso de menores cuyos padres están separados o divorciados, es bastante habitual que al testar a favor del menor, cada uno de los progenitores ordena en su testamento que sea una persona de su confianza la que administre, en calidad de administrador si el otro padre ejerce la potestad parental, los bienes que por esta vía pueda recibir el hijo menor. Incluso en la mayor parte de los casos esa previsión se alarga hasta la edad de 25 años o más. Se trata de sustraer la administración de dichos bienes al otro progenitor o de la influencia que en el descendiente pueda ejercer.

En cualquier caso nuestro derecho reconoce esta posibilidad con carácter general, en toda disposición a título gratuito, ya sea el disponente pariente o no del beneficiario, ya sea éste menor, mayor, o incapacitado.

Tradicionalmente el tema se encuadra dentro de las prohibiciones de disponer cuya doctrina damos por suficientemente conocida. Baste recordar los **arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria**. En el CCC recoge esta materia el **art. 428-6 y el 461-24 en sucesiones**, remitiéndose a éstos el **531-18 en donaciones**. Recordemos, que con la regulación contenida en dichos preceptos no puede excederse de la vida de una persona o del plazo de treinta años.

Hoy con la Ley 25/2010 tenemos ya una regulación completa. Así el **art. 222-41 relativo a la tutela** lleva por título: **BIENES SUJETOS A ADMINISTRACIÓN ESPECIAL**.

1. Están sujetos a administración especial los bienes que el tutelado adquiere por donación o título sucesorio si el donante o el causante así lo ha ordenado y ha nombrado a la persona que ha de ejercerla.

2. El nombramiento de una persona para la administración especial no es eficaz mientras no se haya aceptado la donación o el título sucesorio.

3. Son aplicables a los titulares de la administración especial las normas relativas a la tutela en cuanto a aptitud, excusa y remoción de tutores, y también a la administración y disposición de los bienes afectados y a la responsabilidad de los que actúan como administradores patrimoniales, si el donante no ha establecido otras normas.

Por otra parte el **art. 236-25 en sede de potestad parental** y bajo el título de **BIENES EXCLUIDOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS PROGENITORES** se refiere a los adquiridos por el hijo por donación o título sucesorio cuando el donante o el causante lo haya ordenado así de manera expresa, *caso en el que habrá de cumplirse estrictamente la voluntad expresada sobre la administración de dichos bienes y sobre el destino de sus frutos*.

A “*sensu contrario*” se reconoce que el donante o testador puede regular con total libertad un régimen específico para esos bienes.

Salvo voluntad distinta del disponente, el administrador de bienes de una persona sometida a potestad necesita para los actos a que se refiere el Art. 236-27 autorización judicial, salvo que se supla por una de las autorizaciones alternativas del art. 236-30

Podemos pensar incluso en el caso de una persona sometida a tutela, en que el disponente quiere dar una mayor agilidad o disponibilidad a los bienes que de él va a recibir el tutelado: Puede perfectamente atribuir al mismo tutor la administración de esos bienes que va a disponer a favor del pupilo pero sin las limitaciones que la ley impone al tutor.

Pero dejando de lado estas posibilidades a criterio de cada uno, el problema que aquí se plantea es el de que el donante o testador no haya dispuesto nada respecto de las atribuciones y facultades del administrador nombrado por él.

De los preceptos citados se deduce que el nombrado administrador por el donante o testador, sin concreción de facultades, quedará sometido a las limitaciones establecidas por la ley para la disposición de los bienes del pupilo, bien por los titulares de la Potestad Parental, bien por el tutor.

Por tanto, si el nombrado administrador es uno de los progenitores (o ambos) se aplicará el **art. 236-27**, si el nombrado es un tercero se aplicará el **art. 222-43** para los tutores.

En efecto, para los menores y mayores sometidos a potestad parental, encontramos la primera regulación en el **art. 66 del Código de Sucesiones** (de 30 de diciembre de 1990), que establecía que salvo voluntad expresa del causante, para la disposición o gravamen de bienes de menores adquiridos por título sucesorio no sería necesaria la autorización judicial, “*cuando además de consentirla el o los titulares de la patria potestad, la autoricen los dos parientes a que se refiere el artículo ...*”



Esta norma fue derogada por la **Ley 10/2008** del Libro Cuarto del CCC relativo a sucesiones al entrar en vigor el 1 de enero de 2009, por el ya citado **art. 461-24** que recordemos dice que si no hay regulación del disponente rigen las normas generales para realizar dichos actos. Y así para los bienes de los sometidos a potestad parental, continúa todo igual pues la autorización judicial puede suplirse por el consentimiento de los dos parientes más próximos (**art. 236-30 CCC procedente del art. 153 del Código de Familia**).

Por tanto para los sometidos a potestad parental, si el nombrado administrador, por el donante o testador, es uno de los progenitores, para realizar los actos que exigen autorización judicial al titular de la potestad parental, podrá acudir a los dos parientes más próximos.

En conclusión, salvo voluntad distinta del disponente, el administrador de bienes de una persona sometida a potestad necesita para los actos a que se refiere el Art. 236-27 autorización judicial, a menos que ésta se supla por una de las **autorizaciones alternativas del art. 236-30**:

a) Del hijo (administrado) si tiene al menos dieciséis años.

b) De los dos parientes más próximos del hijo, de la forma que establece el artículo 424-6.1.a)

Son los dos parientes consanguíneos, uno de cada línea de progenitores y de grado más próximo, con preferencia del de mayor edad.

Esta es una interpretación que, además, de cuadrar con la letra de la ley, es de todo punto lógica y respetuosa con el espíritu de

las instituciones de protección de los menores.

Para los sometidos a tutela no hubo una regulación semejante, aunque muchos entendieron que era aplicable por analogía la necesidad de autorización judicial si el donante o testador no había dispuesto otra cosa, en los mismos casos que al tutor se le exige.

Pero nadie dijo nada acerca de la " las normas relativas a aptitud, excusa y remoción de tutores ... y a la responsabilidad de los que actúan como administradores patrimoniales, si el donante o causante no ha establecido otras normas", como hace el actual **art. 222-41.3**.

Este precepto lo entiendo aplicable a todos los casos de administración ordenada sin reglas establecidas al respecto por el donante o el causante. Evidentemente se halla dicho precepto incluido en sede de tutela pero a diferencia de lo que ocurre para con los actos sujetos a autorización judicial para los que el código nos ofrece una regulación específica, en materia de aptitud, excusa, remoción, y responsabilidad, no dice nada. Por tanto, y queriendo el legislador regular estos aspectos, a falta de voluntad del donante o causante al respecto, tanto si se trata de personas sometidas a potestad parental como si se trata de sometidos a tutela, al administrador les serán aplicables las normas que para ello establece el CCC.

Los problemas que esta figura jurídica ha planteado ha hecho que los notarios hayamos ido aconsejando a los disponentes que atribuyeran al administrador amplias facultades dispositivas o, al contrario, que lo sometieran al mismo régimen que al tutor. De ahí que no es raro observar en muchas donaciones o testamentos una declaración en un sentido u otro. Pero además ahora

queda claro que se puede organizar de una forma que al disponente le puede satisfacer plenamente.

Pienso en todos aquellos casos en que los progenitores se han divorciado, han vuelto a casarse con otras personas, y tenido nuevos hijos. Por eso al igual que apuntaba en el poder en previsión de incapacidad, teniendo un instrumento jurídico que nos permite regular adecuadamente esas situaciones tan delicadas, la sociedad nos exige que las atendamos con la sensibilidad adecuada y no nos limitemos a cláusulas tipo redactadas con carácter general.

Coexistencia de administradores

Este apartado responde a la necesidad de destacar que en el patrimonio del menor o del discapacitado pueden coexistir varios administradores. Así; la administración que ejercen los titulares de la potestad parental o de la tutela puede verse complementada por un administrador especial nombrado por el juez dentro de las amplias facultades que le confieren los arts. 236-3 y 222-12 CCC respectivamente. Esto sin perjuicio del poder que puede haberse otorgado en previsión de incapacidad y que como vimos puede ser general, para evitar la tutela, o especial para determinados actos.

Puede haber varios administradores de bienes donados o adquiridos por sucesión hereditaria, uno o más por cada donante o causante. Y pueden haberse constituido uno o más patrimonios protegidos, con sus consiguientes administradores.

En principio no tiene porque haber colisión de facultades, pero si la hay, no quedará otro remedio que acudir a la autoridad judicial para que decida lo procedente en el caso concreto.

La pareja estable y las relaciones convivenciales de ayuda mutua

(Texto de la ponencia correspondiente al curso sobre el Libro II del Código Civil de Cataluña organizado por el Colegio de Notarios de Catalunya, noviembre de 2010)

Mediante el presente trabajo se examinan las principales novedades que la nueva regulación aporta para esta concreta materia, sirviéndose de la exposición de la propia sistemática del articulado del Libro II y la oportuna comparación con la norma equivalente, en su caso, en la regulación anterior.

ANTONIO A. LONGO MARTÍNEZ
Notario de Calafell

Una breve introducción común a las materias objeto de esta ponencia obliga, entiendo, a destacar la inclusión de las dos instituciones en cuestión dentro del nuevo cuerpo normativo regulador del derecho de familia que es el Libro II del Código Civil de Catalunya (en adelante CCC), a diferencia de lo que hasta ahora ocurría, puesto que, como bien sabemos, tanto las Uniones Estables de Pareja (Ley 10/1998, de 15 de julio) como las Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua (Ley 19/1998, de 28 de diciembre) tenían una regulación autónoma y externa al Código de Familia, antecedente directo de este Libro II.



© Taco Anema / Wolters Kluwer

A partir de ahí, no escapa sin embargo a cualquier observador que existen diferencias notables entre una y otra figura, puesto que si bien ambas son recogidas y recono-

cidas como instituciones del derecho de familia catalán, la pareja estable es, además, *una forma de familia*, y, como tal, incluida en el Título III, "La familia"; mientras que a las



relaciones convivenciales de ayuda mutua se les dedica un Título diferente y específico, el IV.

Siendo intención de este curso el examen de las novedades que la nueva regulación presenta, y atendiendo a la sistematización seguida por el nuevo Libro II, puede resultar adecuado hacer dicho examen siguiendo el articulado de éste, y la oportuna comparación con la norma equivalente, en su caso, en la regulación anterior.

Primera parte: la convivencia estable en pareja (arts. 234-1 a 234-14)

Sección primera. Disposiciones generales

Art. 234-1. Pareja Estable

Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos.*
- b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común.*
- c) Si formalizan la relación en escritura pública.*

Podemos decir que para la existencia de la pareja estable existen dos grandes tipos de requisitos, unos cumulativos y otros alternativos.

A) Requisitos cumulativos:

1er requisito: Dos personas

Ha de tratarse obviamente de una pareja. Es indiferente el sexo de sus integrantes, en tanto que la regulación que contiene el Libro II no distingue ya entre parejas heterosexuales y homosexuales, a diferencia de lo que ocurría en la ley 10/1998, que establecía diferentes requisitos y efectos entre uno y otro tipo de pareja. Esta es, por tanto, la primera gran novedad.

2.º requisito: Convivencia

Aquí tenemos, aunque pueda resultar llamativo, otra diferencia respecto de la re-

gulación anterior, en la que había casos especiales en que la convivencia no aparecía como requisito imprescindible para la existencia de la pareja. Así, por un lado, la unión estable heterosexual podía constituirse sin necesidad de convivencia previa, por el simple otorgamiento de escritura pública (art. 1 de la ley 10/1998); por otro, la unión estable seguía existiendo, pese a la ruptura de la convivencia, hasta que había transcurrido un año desde la misma (art. 12'1 para las uniones heterosexuales y 30'1 para las homosexuales), mientras que el nuevo art. 234-4-1 liga, como luego veremos, al cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida el efecto extintivo de la pareja estable.

3er requisito: Convivencia en una comunidad de vida análoga a la matrimonial

Este es, sin duda el elemento definitorio de la pareja estable. Conviene por tanto detenerse en intentar caracterizarla lo mejor posible.

El legislador, en lo que en principio parece una mera precisión terminológica, ha sustituido la convivencia "marital" de los arts. 1 y 19 de la Ley 10/1998 por la convivencia en una "comunidad de vida análoga a la matrimonial". En una primera aproximación, parece seguir pensando en un matrimonio al que únicamente le falta el vínculo formal, tal como sería la idea que subyace en el clásico concepto de convivencia marital como elemento propio de las parejas de hecho a las que se refiere, por ejemplo, la normativa estatal sobre arrendamientos o sobre pensiones, y casi toda la normativa autonómica que siguió a la ley 10/1998.

Es preciso, pues, atender a los elementos configuradores de la comunidad de vida matrimonial para definir aquella que se considera análoga a la misma. Y esos elementos nos los dan los arts. 66, 67 y 68 del Código Civil común o estatal (en adelante, CC):

Artículo 66. Los cónyuges son iguales en derechos y deberes.

Artículo 67. Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Artículo 68. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. (...)

Con arreglo a dichos artículos, se ha venido considerando que, tras el principio de igualdad entre cónyuges del art. 66, los arts. 67 y 68 delimitan, a modo de derechos y deberes recíprocos, el contenido fundamental de las relaciones personales entre los mismos, en definitiva de la comunidad de vida matrimonial. Serían pues elementos configuradores de ésta los derechos y deberes de:

1. Respetarse;
2. Ayudarse y socorrerse mutuamente;
3. Actuar en interés de la familia;
4. Vivir juntos;
5. Guardarse fidelidad.

Siguiendo a MARTÍN GARRIDO⁽¹⁾, serían también características de la unión matrimonial:

6. La vocación de permanencia (derivada de la prohibición de condición, término o modo del art. 45 CC);
7. La vocación de exclusividad temporal (dimanante de la prohibición de matrimonio por los ya ligados por vínculo matrimonial —art. 46 CC—)

El elemento definitorio de la pareja estable es el de la convivencia en una comunidad de vida análoga a la matrimonial

Se ha obviado por tanto, en la caracterización del matrimonio civil, de cualquier consideración a lo que en derecho canónico se consideran "fines del matrimonio", y por tanto no se consideran elementos esenciales del mismo la procreación y la indisolubilidad.

En cuanto al deber de fidelidad, la mayoría de la doctrina entiende que, aun habiéndose restringido ciertos presupuestos del mismo, dicho deber subsiste dentro del matrimonio, y se traduce en la obligación de cada esposo a la exclusiva sexual frente al otro y a observar una conducta congruente al respecto. No es sin embargo la opinión de algunos autores, que lo eliminan o reducen al mínimo en base generalmente a los derechos del individuo, constitucionalmente consagrados, de libertad, autonomía

y pleno desarrollo de su personalidad. Así, MARTÍN GARRIDO⁽²⁾ sostiene que en la base afectiva propia del matrimonio no constituye elemento básico el sexo entendido como actividad entre sus integrantes. En el mismo sentido, ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO⁽³⁾ entiende que en ningún caso puede considerarse hoy en día el deber de fidelidad como de orden público, o como nota esencial del matrimonio que haga ineficaz un pacto expreso excluyente del mismo.

Respecto del deber de vivir juntos, su exigibilidad dentro de la unión matrimonial ha sido muy matizada por doctrina y jurisprudencia, entendiendo que la misma no es condición necesaria ni suficiente para que haya verdadera comunidad de vida (entre otras, la STS 25-11-1985). En palabras de LUNA SERRANO⁽⁴⁾, *“convivir no supone estar junta la pareja continuamente, sino conservar el animus de reunirse cuando están ausentes”*⁽⁵⁾.

Viendo pues que la determinación de los elementos esenciales de lo que se ha venido considerando la “comunidad de vida matrimonial” no es una cuestión cien por cien pacífica, nos interesa saber si en el Libro II existe alguna pista que nos permita saber qué criterio se sigue al respecto, para así llegar a caracterizar a la “comunidad de vida análoga a la matrimonial” que es sustrato de la pareja estable. Y ello puede empezar a deducirse de la misma definición de matrimonio que contiene el art. 231-2 del Libro II, según el cual *“el matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas que origina una comunidad de vida en que los cónyuges deben respetarse, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo”*.

No nos ocupa ahora entrar en cuestiones competenciales acerca de la regulación del matrimonio en base a lo previsto en el art. 149, 1, 8.º CE, según el cual cuanto afecte a “las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio” es competencia exclusiva del Estado. Y ello puesto que para nuestros fines la definición de matrimonio que resulta del CCC únicamente nos interesa para intentar entender cómo se configura esa comunidad de vida análoga a la matrimonial, y en definitiva la pareja estable a que se refiere el Capítulo IV del Título III.

Parece ser, en consecuencia, que el Libro II asume las tesis que difuminan la caracterización clásica de la “comunidad de vida matrimonial”, sobre la base de eliminar

como elementos esenciales de la misma los derechos-deberes recíprocos de fidelidad y de vivir juntos. Y que dichas tesis tienen que ser trasladadas a lo que deberemos entender por “comunidad de vida análoga a la matrimonial”.

Para que exista convivencia análoga a la matrimonial además de la adecuada base afectiva, debe haber vocación de permanencia y de exclusividad

En cuanto al deber de fidelidad, su supresión supone una novedad respecto de la definición de matrimonio que se contiene en el mismo art. 1º del Código de Familia⁽⁶⁾, habiendo sido sustituido el mismo en la definición del Libro II por un deber de lealtad, cuyo contenido puede resultar, por amplio, más ambiguo.

Por lo que se refiere a la no mención del deber de vivir juntos, si bien resulta chocante en el ámbito de la pareja estable, toda vez que la misma viene ya inicialmente definida como la que conforman dos personas *que conviven...* queda claro que el requisito de convivir o vivir juntos debe entenderse conforme a la mencionada tesis doctrinal y jurisprudencial según la cual basta *el animus* o intención de convivir.

De este modo podríamos hacer efectivamente propios de la *comunidad de vida análoga a la matrimonial*, y con ello de la pareja estable regulada en el Libro II, los siguientes caracteres de entre los que antes hemos visto que integran el concepto de comunidad de vida matrimonial:

De una parte, los derechos-deberes recíprocos de:

- Respetarse;
- Ayudarse y socorrerse mutuamente;
- Actuar en interés de la familia;
- Guardarse lealtad

De otra parte,

- La vocación de permanencia;
- La vocación de exclusividad

Con la particularidad de que esa vocación de exclusividad total insita en la “con-

vivencia marital” de la Ley 10/1998 desaparece en el Libro II, al permitir el art. 234-2 la constitución de una pareja estable por las personas casadas separadas de hecho. Esta es por tanto otra de las novedades de la nueva regulación, en la que nos detendremos más adelante, si bien interesa ya tenerla en cuenta para llamar la atención sobre la dificultad que en base a todo lo visto hasta ahora puede plantear el concluir si una determinada convivencia entre dos personas ha de ser considerada como propia de una *comunidad de vida análoga a la matrimonial*, y por tanto sometida a la regulación de las parejas estables, o como *otro tipo* de convivencia.

En ejemplos claros, no sería convivencia análoga a la matrimonial la que tienen dos jóvenes estudiantes o trabajadores que comparten un piso por razones económicas; está claro que no habría aquí ni la adecuada base afectiva, ni vocación de permanencia y de exclusividad. Por el contrario, sí lo sería la de aquella pareja que, tal como señala el Preámbulo, “está a prueba”; a ellos parece decirles la norma que ese periodo de prueba dura un máximo de dos años, y que a partir de ese momento pasan a ser una pareja estable “con todas las de la ley”.

Pero junto a estos ejemplos más o menos claros puede haber multitud de situaciones como mínimo confusas. Pensemos por ejemplo en aquellas parejas, quizá ya no jóvenes, en las que la convivencia puede aparentar haber surgido por razones de necesidad o de mera conveniencia: ya de tipo económico (compartir gastos), ya de tipo personal (como modo de combatir la soledad). Pueden ser incluso familiares: en ejemplos un tanto llamativos, tío/tía y sobrino/sobrinita. Y recordemos que en la configuración jurídica de la convivencia propia de la pareja estable no se considera, como decíamos, la actividad sexual, ni mucho menos la finalidad de procreación, como elemento básico. Pues bien, lo que me interesa remarcar es que dicha configuración —unida a la decisión del legislador, que ahora trataremos, de prescindir de la voluntad de los convivientes, cuando menos de su acreditación— puede convertir la apreciación sobre la existencia o no de una pareja estable en una cuestión no siempre sencilla y en cambio, dado el posible cruce de intereses varios (derecho a prestación periódica, a sucesión intestada, a beneficios fiscales...), muy comprometida.



B) Requisitos alternativos:

Los supuestos en los que dándose los tres requisitos cumulativos vistos (**dos personas** que **conviven** en una **comunidad de vida análoga a la matrimonial**) se considera que existe una pareja estable son, según este artículo:

- a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos;
- b) Si durante la convivencia tienen un hijo común;
- c) Si formalizan la relación en escritura pública.

La asimilación que el Libro II hace en todos los ámbitos entre la pareja heterosexual y la homosexual ha hecho desaparecer las diferencias que entre una y otra existían en la Ley 10/1998 en cuanto a los requisitos para su constitución. Recordemos que conforme al art. 1 de ésta, las uniones estables heterosexuales podían constituirse bien por la convivencia marital ininterrumpida durante dos años, bien por el otorgamiento de escritura pública; mientras que las homosexuales debían forzosamente constituirse en escritura pública.

Este distinto régimen había provocado críticas que llegaban a hablar de discriminación en contra de uno y otro tipo de pareja. Se consideraba discriminación hacia la unión homosexual el hecho de que la misma tuviera forzosamente que constituirse en escritura pública. Y se consideraba discriminación hacia la unión heterosexual el que necesariamente quedara constituida por el mero hecho de la convivencia, a lo mejor en contra de la voluntad o incluso del conocimiento de sus integrantes.

Parecía por tanto lógico que el legislador se planteara un mismo régimen de constitución, sobre todo una vez el resto de la regulación se prevé unitaria. Y en la disyuntiva entre constitución formal o aformal, ha acabado optando por ésta, bastando la convivencia durante más de dos años ininterrumpidos (o menos, si durante la misma tienen un hijo común) para la constitución de la pareja estable, quedando la formalización en escritura pública como opción para quienes no cumplan esos requisitos, o para quienes cumpliéndolos deseen formalizar así su relación.

Y ésta es una decisión que a mi juicio merece alguna crítica. Que el legislador decida considerar una situación de hecho productora de determinados efectos jurídicos merecedora de regulación es, en un caso como el que estudiamos, casi imperativo. Pero ello no es contradictorio con que establezca los mecanismos necesarios para probar la existencia de dicha situación. La relación paterno-filial existe, y es productora de los efectos que le ley le atribuye, desde su nacimiento, pero la misma debe constar necesariamente en el Registro Civil; el mismo matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (art. 61 CC), pero para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. Son exigencias cuya razón de ser, por motivos de seguridad jurídica, parecen evidentes. Pues por los mismos motivos debería haberse establecido el medio para facilitar la prueba de la existencia de la pareja estable. Entiendo que así lo exige tanto el interés de sus miembros como el de terceros. No olvidemos que de la existencia o no de la pareja estable se derivan hoy efectos en muy distintos ámbitos. Los notarios estamos viendo permanentemente cómo se nos requiere para declarar la notoriedad de la existencia de una unión de pareja constituida por la mera convivencia, con la finalidad de posibilitar la aplicación de la normativa sucesoria, fiscal o reguladora del derecho a una pensión.

El Libro II unifica el régimen de las parejas estables sin distinguir por razón del sexo de sus integrantes, con lo cual los requisitos personales son ahora los mismos para las parejas heterosexuales y homosexuales

Una comparación con la regulación contenida en las diferentes CCAA que han legislado sobre esta materia nos demuestra cómo en todas ellas se ha previsto la creación de un registro de parejas de hecho de carácter administrativo con una eficacia que si bien no puede alcanzar a la esfera jurídico-civil, si cumple cuando menos como medio de facilitación de la prueba⁽⁷⁾.

Así, vemos como de las otras doce CCAA que, además de Catalunya, tienen una regulación de las parejas estables, en ocho de ellas se ha optado por un registro con inscripción constitutiva: Valencia. Ley 1/2001, de 6 de abril; Baleares. Ley 18/2001, de 19

de diciembre; Madrid. Ley 11/2001, de 19 de diciembre; Andalucía. Ley 5/2002, de 16 de diciembre; Extremadura. Ley 5/2003, de 20 de marzo; País Vasco. Ley 2/2003, de 7 de mayo; Cantabria. Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo; Galicia, D.A.3.^a de la Ley 2/2006, de 14 de junio⁽⁸⁾. En el caso de Aragón (Ley 6/1999, de 26 de marzo), la inscripción es obligatoria, pero únicamente para la producción de efectos administrativos. Mientras que la inscripción es meramente voluntaria en la normativa de Navarra, Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, Asturias, Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, y Canarias, Ley 5/2003, de 6 de marzo.

Pues bien, si quizá el interés general a que antes hacíamos referencia y que haría necesaria la facilitación de dicha prueba podría entenderse suficientemente salvaguardado con la inscripción en un registro (opción que como vemos han seguido todas las demás legislaciones autonómicas), si unido a ese interés general tomamos en consideración el de los propios integrantes de la pareja, no cabe duda de que la formalización en escritura pública, con o sin reflejo posterior en un registro al efecto, se presenta como el sistema más adecuado, en tanto que garantiza el control de legalidad, con el correspondiente juicio de capacidad, y el debido asesoramiento en relación al acto que se formaliza. Y esto último resulta tanto más importante en la nueva regulación, por cuanto la misma apenas contiene disposiciones referentes al régimen durante la convivencia, remitiéndose, como luego veremos, a los pactos que en su caso hubieran establecido los convivientes.

Artículo 234-2. Requisitos personales.

No pueden constituir una pareja estable las siguientes personas:

a) Los menores de edad no emancipados.

b) Las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado.

c) Las personas casadas y no separadas de hecho.

d) Las personas que convivan en pareja con una tercera persona.

Tal como venimos señalando, el Libro II unifica el régimen de las parejas estables, sin distinguir por razón del sexo de sus inte-



grantes. Esto hace que los requisitos personales sean ahora los mismos para las parejas heterosexuales y homosexuales.

En la Ley 10/1998, por el contrario y como sabemos, sí que se hacía esa distinción. Así, para las parejas heterosexuales el art. 1^o exigía los requisitos de mayoría de edad e inexistencia de impedimento para contraer matrimonio entre sí, con lo cual había que entender aplicables los impedimentos absolutos y relativos de los arts. 46 y 47 CC (y no solo estos últimos, a pesar de que el art. 1 habla de impedimento para contraer matrimonio entre sí, puesto que tampoco pueden contraerlo quienes están afectados por los impedimentos absolutos del art. 46).

Por tanto, no podían constituir una unión estable de pareja heterosexual:

Artículo 46.

— Los menores de edad no emancipados (impedimento que ya estaba subsumido en el requisito de la mayoría de edad que exigía el art. 1^o)

— Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

Artículo 47.

— Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

— Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

— Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Mientras que para las parejas homosexuales, que por aquel entonces no podían todavía contraer matrimonio, no cabía dicha remisión, por lo que en el art. 20^o se especificaban los impedimentos, señalando que no podían constituirlos:

- a) Las personas menores de edad.
- b) Las personas que están unidas por un vínculo matrimonial.
- c) Las personas que forman una pareja estable con otra persona.
- d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

- e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.

Ese tratamiento diferente, y en algún punto injustificado, desaparece como hemos dicho en la nueva regulación. Comparando los requisitos personales que resultan del Libro II con los que establecía la Ley 10/1998, podemos apreciar esas diferencias. Como decíamos, los requisitos personales que establece el art. 234-2 son, por vía de obstáculos o impedimentos para constituir la pareja estable:

- a) Los menores de edad no emancipados.

Anteriormente, se exigía la mayoría de edad.

- b) Las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado.

El Libro II habla de parentesco, sin distinguir entre consanguinidad y adopción, por lo que parece lógico entender que los impedimentos por línea y grado que se establecen resultarán aplicables a uno y otro tipo de parentesco

Surge aquí una importante diferencia inicial, derivada de que en la regulación anterior, tanto la contenida en el CC (al que había que remitirse para las parejas heterosexuales) como en la Ley 10/1998 (para las homosexuales) había unas referencias concretas al parentesco por adopción, que consideraban como impedimento únicamente los casos especificados (por ejemplo, para uno y otro tipo de pareja, respecto de los parientes en línea recta). Ahora, el Libro II habla de parentesco, sin distinguir entre consanguinidad y adopción. Parece lógico entender que los impedimentos por línea y grado que se establecen resultarán aplicables a uno y otro tipo de parentesco.

Por lo demás, manteniéndose el obstáculo o impedimento derivado del parentesco en línea recta, las novedades se concretan en el parentesco colateral, respecto del cual ahora se limita al segundo grado, pero refiriéndose también, según hemos entendido, al parentesco por adopción, mientras que antes, respecto de las hete-

rosexuales, alcanzaba al tercer grado, pero sólo al parentesco por consanguinidad, no por adopción.

- c) Las personas casadas y no separadas de hecho.

Es, como decíamos antes, otra de las grandes novedades de la nueva regulación, y la más importante en este ámbito de los requisitos personales. Si hasta ahora les estaba vedado constituir una unión estable de pareja a quienes ya estaban ligados por vínculo matrimonial, a partir del primero de enero de 2011 podrán hacerlo, siempre que estén separados de hecho.

El legislador ha considerado, según el Preámbulo de la ley que aprueba el Libro II, que, *“tratándose de una regulación fundamentalmente dirigida a resolver los problemas derivados del cese de la convivencia, un tratamiento desigual no tiene justificación. Quiere evitarse, asimismo, que un número muy importante de parejas queden fuera de la regulación —según algunas estimaciones, en torno a un 30% de las parejas heterosexuales existentes en Cataluña y un número indeterminado de parejas homosexuales— y que las consecuencias de la ruptura deban determinarse acudiendo a una doctrina jurisprudencial de perfiles demasiado imprecisos”*.

Los argumentos son de peso, y desde esta óptica el cambio introducido debe ser valorado positivamente. Sin embargo, los efectos del reconocimiento de una pareja de hecho como pareja estable no se agotan en los que el Libro II establece para el caso de ruptura de la misma, sino que alcanzan, como decíamos antes, entre otros a los ámbitos sucesorio, fiscal o de Seguridad Social. Y uno, quizá por deformación profesional, no puede evitar sentir cierto recelo ante la circunstancia de que una situación de facto, como es la existencia de la pareja estable, de la que se hacen derivar tales efectos jurídicos, no tenga prevista, en la propia normativa reguladora, un sistema probatorio que minimice el riesgo de error en la apreciación de su existencia. No se trata de ser reiterativo, por lo que me remito a lo hecho constar al comentar lo que hemos denominado “requisitos alternativos” del art. 234-1, y a lamentar que no se haya optado por la escritura pública como forma de constitución de la pareja estable.

- d) Las personas que convivan en pareja con una tercera persona.



En la ley 10/1998, como veíamos, el art. 20'1, aplicable a las parejas homosexuales, señalaba que no podían constituir la "las personas que forman una pareja estable con otra persona". Dicho impedimento no aparece en cambio expresamente mencionado para las parejas heterosexuales. Algunos autores han entendido que el mismo subyace en el espíritu de la ley, y en el contenido de su art. 17 (a pesar de que la dicción literal de este parece hacerlo aplicable únicamente a miembros de anteriores uniones heterosexuales formalizadas en escritura, que, en caso de ruptura unilateral, quisieran volver a formalizar otra unión asimismo en escritura, para lo cual se exigía el transcurso de un plazo de seis meses⁽⁹⁾).

Sólo Navarra y Baleares contienen, como hasta ahora lo hacía Catalunya una norma de exigencia de vecindad civil de uno de los miembros de la pareja para el sometimiento de ésta a la respectiva regulación

Por lo demás, y volviendo al art. 20'1 de la ley 10/1998, los términos de la norma eran suficientemente claros: "las personas que forman una pareja estable con otra persona". Al cambiar ahora su literalidad, ¿se ha pretendido modificar el contenido del obstáculo o impedimento? A primera vista, no lo parece. Sin embargo, como hemos señalado, puede haber personas que convivan en pareja y no constituyan una pareja estable, porque no pueda hablarse en su caso de una "comunidad de vida análoga a la matrimonial". En mi opinión, a las mismas no se les puede impedir constituir una pareja estable con un tercero. Sin embargo, el impedimento sí que alcanzaría –y ello explicaría el tenor literal de la nueva norma– a quienes estuvieran *en fase de constitución* de una pareja estable; es decir, a quienes sí conviven en comunidad de vida análoga a la matrimonial pero no forman todavía una pareja estable porque ni han tenido descendencia común, ni han formalizado la relación en escritura pública, ni han alcanzado todavía los dos años de convivencia ininterrumpida. Serían aquellos a los que, parafraseando al mismo Preámbulo de la ley, hemos calificado antes como "pareja a prueba".

Por último, y por señalar lo que de novedad respecto de la regulación anterior

pueda resultar, hacer constar que desaparece en el Libro II el impedimento, derivado hasta ahora para las parejas heterosexuales de la aplicación del art. 47 CC, consistente en haber sido condenado como autor o cómplice de la muerte dolosa del cónyuge propio o del de la futura pareja.

e) ¿Un requisito omitido?: la vecindad civil catalana.

Los artículos 1 y 20 de la Ley 10/1998 exigían, para la constitución de la unión estable de pareja, que al menos uno de sus miembros tuviera vecindad civil en Catalunya. Si dicho requisito era establecido como punto de conexión de la ley aplicable, o como un mero requisito personal más, era una cuestión discutible, pero de trascendencia. Hay que tener en cuenta que en el primer caso, se estaría introduciendo una regla de conflicto interregional, cuando la competencia para ello, conforme al art. 149'1'8 CE, corresponde al Estado⁽¹⁰⁾.

En todo caso, y quizá consciente el legislador del problema apuntado, en el Libro II se ha optado por retirar dicha norma. Ello nos puede plantear la duda de cuál es el ámbito de aplicación de la nueva regulación.

Por un lado, el art. 14'1 del CC establece que *"La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil"*. Por su parte, sin embargo, en las Disposiciones Generales del Libro I del CCC, el art. 111-3 dispone que *"1. El Derecho Civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad"*. Este artículo es, por lo demás, reproducción de lo que se establece al respecto en el art. 14 del Estatut⁽¹¹⁾.

Una breve comparación con lo previsto en las demás regulaciones autonómicas nos permite ver que sólo Navarra y Baleares contienen, como hasta ahora lo hacía Catalunya, una norma de exigencia de vecindad civil de uno de los miembros de la pareja para el sometimiento de ésta a la respectiva regulación. El resto, salvo Aragón, introduce el criterio territorial basado en exigir la residencia de al menos uno de los miembros de la pareja. La normativa catalana se sitúa por tanto en este momento en ese tercer grupo, hasta ahora integrado solamente por Aragón⁽¹²⁾, que no delimita expresamente el ámbito de aplicación⁽¹³⁾.

Para situar la cuestión, de lo que se trata es de determinar en qué casos una pareja reúne los requisitos o condiciones para tener la consideración de "pareja estable" a los efectos del Libro II del CCC. Así, por ejemplo, cuando sólo uno de sus miembros tiene vecindad civil catalana; o si, teniéndola ambos, no residen en Catalunya; o si, no teniéndola ninguno, tienen fijado su domicilio habitual en Catalunya... No olvidemos por otro lado que en el Libro II la pareja estable es una unión fáctica que al mismo tiempo puede constituirse formalmente, mediante escritura pública; y, volviendo a los ejemplos expuestos, habrá que resolver: ¿en cuál o cuáles de ellos puede el notario autorizar la escritura de constitución de una pareja estable, y en cuál o cuáles no?

Cuestión diferente, por más que estrechamente relacionada con la anterior, y que si bien excede del propósito de esta ponencia tendremos que tratar tangencialmente, es la de qué ocurre si esa misma pareja reúne también los requisitos previstos por cualquier otra legislación autonómica para su sometimiento a la misma, problema de derecho interregional respecto del cual lo único que parece claro es la necesidad de una pronta regulación por parte del Estado de la o las correspondientes normas de conflicto. Hasta entonces, la solución que se daría a esa eventual situación de conflicto puede ayudar a resolver la cuestión principal que nos planteamos.

Pues bien, entender que tal cuestión debe resolverse por aplicación de la regla general de territorialidad que consagra el CCC significaría entender sometidas a lo previsto en el Libro II a aquellas parejas "situadas" en Catalunya, es decir, que tengan su residencia en territorio catalán⁽¹⁴⁾.

Lo cierto es que este criterio resulta no sólo contrario a la hoy omitida norma de la Ley 10/1998, sino también a lo previsto en el art. 9'1, en relación con el art. 16, del CC, según los cuales los derechos y deberes de familia se regirán por la ley personal correspondiente a las personas físicas, y ésta es la correspondiente a su vecindad civil.

Si volvemos a reparar en el redactado del art. 111-3 CCC, vemos que el mismo considera excepción a la regla general de territorialidad *"las situaciones que deban regirse por el estatuto personal"*. ¿Estamos entonces ante uno de esos supuestos de excepción a la regla de territorialidad, y por

tanto el Libro II se aplica a quienes tengan el “estatuto personal” de catalán, esto es, la vecindad civil catalana?

El Libro II parte del principio de libertad casi absoluta de los miembros de la pareja en la ordenación de sus relaciones económico-patrimoniales durante la convivencia

Resumiendo los argumentos a favor y en contra de cada una de las posiciones, diríamos:

- que la aplicación de la regla de territorialidad tendría su apoyo en ser el criterio general de aplicación de la normativa civil catalana (art. 111-3 CCC); en que lo es también en la mayoría de las regulaciones autonómicas sobre la materia; en que es el que la doctrina mayoritaria entiende como la solución lógica de los conflictos de leyes de orden internacional o interregional en este ámbito; y en que es asimismo el que ha acabado por ser aplicado en algún caso por los tribunales, en los supuestos de ausencia de vecindad civil común, por aplicación de la norma de conflicto del art. 9º2 CC⁽¹⁵⁾.
- por contra, la regla de aplicabilidad del estatuto personal se basaría en que el propio art. 111-3 CCC la prevé como posible excepción al principio general de territorialidad; en que dicha excepción vendría fundamentada en lo previsto en el art. 9º1 del CC, respecto del cual se ha considerado que tiene “alcance de principio general en la reglamentación de las materias clásicamente incluidas en la noción de estatuto personal” (así lo reconoce la DGRN en Res-Circular de 26 de octubre de 2005); y en que la aplicación a los conflictos de derecho interregional de la norma del art. 9º2 del CC, defendida por algunos autores, ha sido también muy criticada por parte importante de la doctrina, que la considera forzada.

La situación, por tanto, es todo menos clara. Si tengo que arriesgarme a dar una opinión personal, yo me inclinaría por distinguir según estemos hablando de pareja estable constituida formalmente, o por mera convivencia.

En el caso de parejas que formalizan su unión en escritura pública, la opción expresa en la misma por parte de los interesados de someterse a la regulación del Libro II haría aplicable el mismo siempre que existiera un punto de conexión, como el hecho de que alguno de ellos tuviera vecindad civil catalana, o que la residencia común estuviera situada aquí. Para quienes entienden aplicable en estos supuestos lo previsto en el art. 9º2 CC, ello significaría en definitiva atender a la segunda regla de dicho artículo, prevista como sabemos para el supuesto de que no se ostente la misma vecindad civil, pero con carácter preferente a la regla de territorialidad que supondría atender a la residencia; la constante referencia que dicho artículo hace a la celebración del matrimonio permitiría, en caso de existencia de un acto formal de constitución o reconocimiento de la pareja estable, su aplicación analógica. Sin embargo, a mi entender más que de aplicación analógica del art. 9º2, se trataría de aplicación del mismo fundamento de dicha regla, esto es, el hecho de ser la ley escogida por los convivientes.

De no haber escritura pública, y faltando en consecuencia un acto expreso de sumisión a la norma por parte de los convivientes, creo que se impondría la aplicación del criterio de territorialidad, por los argumentos antes apuntados, a los que habría que añadir la doctrina contenida en la antes simplemente mencionada Resolución-Circular DGRN de 26 de octubre de 2005. En la misma se plantea la laguna de ley derivada del desconocimiento por parte de numerosos ordenamientos jurídicos extranjeros actuales del matrimonio homosexual y la paralela inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional; laguna que se debe cubrir, dice la DG, acudiendo a la aplicación de la ley material española, entre otros argumentos por “la analogía con la figura de las parejas de hecho homosexuales reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden preferentemente a la vecindad administrativa, concepto vinculado a la residencia habitual de sus miembros”⁽¹⁶⁾.

No se nos escapa hasta qué punto la interpretación propuesta contradice la vinculación legal del derecho de familia con el estatuto personal del sujeto. Sin embargo, creemos acertada la orientación tomada en

este caso por la DGRN, y su aplicabilidad a la situación estudiada. Por lo demás, otra solución implicaría, por ejemplo, que a falta de escritura pública hubiera que negar la existencia de una pareja estable sujeta al Libro II sólo porque uno de sus miembros no ostentara la vecindad civil catalana; es decir, adoptar una solución claramente más radical que la seguida con la vigencia de la Ley 10/1998⁽¹⁷⁾.

Artículo 234-3. Régimen durante la convivencia.

1. Las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia.

2. En materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica lo establecido por el artículo 231-9.

3. Los convivientes en pareja estable pueden adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia. En este caso, se aplican los artículos 231-15 a 231-18, en materia de adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia.

1. Las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia

De nuevo una importante novedad en la regulación del Libro II respecto de la contenida en la Ley 10/1998. En ésta se partía también del principio de libertad de los miembros de la pareja para regular válidamente sus relaciones personales y patrimoniales, derechos y deberes. Sin embargo, se establecía:

- por un lado una regulación supletoria para el caso de ausencia de pacto. Así, en los arts. 3º2 y 22º2, se regulaba la contribución al mantenimiento de la casa y gastos comunes, y se preveía que cada miembro conservaría el dominio, disfrute y administración de sus bienes.
- por otro lado, se configuraba un régimen económico patrimonial primario, con inclusión de una serie de normas referentes a los gastos comunes a la pareja (arts. 4 y 23); responsabilidad solidaria por dichos gastos comunes (arts. 5 y 24) y requisitos para la disposición de la vivienda común (arts 11 y 28).



Por el contrario, el Libro II parte del principio de libertad casi absoluta de los miembros de la pareja en la ordenación de sus relaciones económico-patrimoniales durante la convivencia. De todo ello se deduce que si ya con anterioridad resultaba conveniente que los miembros de la pareja tuvieran cumplida información de las distintas posibilidades existentes para efectuar dicha ordenación, ahora, a falta de una regulación supletoria en defecto de pactos, dicha conveniencia es mucho mayor, cuestión que deberemos tener muy en cuenta los notarios cuando formalicemos la constitución de una pareja estable.

Siempre habrá que entender subsistente la norma, hoy no expresa, según la cual a falta de pacto cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes

En este sentido, se ha discutido si los convivientes pueden pactar que les sean de aplicación las normas propias de cualquiera de los regímenes económico-matrimoniales legalmente previstos. Así, respecto del régimen de gananciales, no suele admitirse un pacto de remisión en bloque a los artículos que regulan dicho régimen, pero sí un régimen paccionado de efectos análogos, cuando menos inter-partes. En cuanto al régimen de comunidad de bienes, es obvio que puede pactarse, si bien sus efectos respecto de los bienes aportados parece que exigirían el correspondiente negocio causal, oneroso o gratuito. Y respecto de la separación de bienes, la admisibilidad del pacto no presenta ninguna duda, tanto más cuanto que sería en la práctica, como veremos, el efecto derivado de la ausencia de pacto.

Por lo demás, la posibilidad de pactos entre los convivientes, ya reconocida en la Ley 10/1998, no exige en principio que los mismos guarden una forma concreta, o al menos no lo prevé así el art. 234-3-1. Pero tampoco se mantiene el principio expreso de libertad de forma que reconocían los arts. 3 y 22 de la Ley 10/1998, según los cuales podía pactarse verbalmente, en documento privado o en documento público. Si bien razones de analogía con el sistema previsto para las uniones en matrimonio, que exige escritura de capítulos matrimoniales, podrían hacernos entender exigible dicha forma pública también para las parejas esta-

bles, creo que la coherencia con el régimen de libertad de forma previsto para la constitución de éstas nos lleva a entender que el mismo rige también para la regulación de los pactos entre sus miembros: no parecería lógico no exigir forma documental alguna para constituir la pareja estable, y exigirla para los pactos que sus integrantes quieran establecer. En todo caso, conviene recordar que, a falta de un sistema de publicidad de dichos pactos, su eficacia frente a terceros estaría condicionada a la demostración de su existencia al tiempo de contratar con dicho tercero, lo que, unido al debido asesoramiento, juicio de capacidad y control de legalidad que comportan el otorgamiento en escritura pública, hacen de la misma la forma documental más adecuada.

Por lo demás, una excepción a la libertad de forma sería la recogida en el art. 234-5 para los pactos en previsión de ruptura de la convivencia, que según luego veremos requieren escritura pública.

A falta de pactos ¿en qué situación queda la pareja estable por lo que a sus relaciones personales y patrimoniales se refiere?

Por lo que se refiere a las relaciones personales, vendrán determinadas por el estatuto jurídico mínimo que deriva de las características antes vistas como propias de esa “comunidad de vida análoga a la matrimonial” que es el soporte de su reconocimiento. Es decir, por los derechos y deberes recíprocos de respetarse; ayudarse y socorrerse mutuamente; actuar en interés de la familia; guardarse lealtad. A ellos habrá que añadir, en su caso, los que como progenitores les correspondan en caso de tener hijos, en tanto que titulares de lo que ahora el Libro II denomina la “potestad parental”, y que son objeto de regulación en el Capítulo VI de este mismo Título III.

En cuanto a sus relaciones patrimoniales, destaca en primer lugar la inexistencia de un concepto legal de “gastos comunes”, similar al contenido en la Ley 10/1998 (arts. 4 y 23), que consideraba como tales, en síntesis, todos aquellos que fueren necesarios para el mantenimiento de la pareja y el de los hijos, de acuerdo con sus usos y nivel de vida. ¿Quiere eso decir que dichos gastos sólo tendrán ahora la consideración de comunes de la pareja si así lo hubieren pactado sus miembros? Yo entiendo que no, es decir, que los gastos originados en concepto de alimentos, los ordinarios de conservación, reparación y mantenimiento de la vivienda u otros bienes de uso de la pareja, y los

originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias, a todos los cuales se referían los citados artículos de la Ley 10/1998 como comunes de la pareja, siguen teniendo dicha consideración. Y ello por cuanto el art. 231-5, bien que en sede de matrimonio, los recoge e identifica como gastos “familiares”, y, como decíamos al principio, la pareja estable es hoy una forma de familia, y el art. 231-1, que se titula “La heterogeneidad del hecho familiar”, dispone que “La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja”. Es razonable así entender que estas “cargas” son inherentes a la propia “comunidad de vida análoga a la matrimonial” que constituye la pareja estable, y que no es sino una de las formas de familia que recoge hoy la ley.

Otra cosa diferente es que la responsabilidad por esas cargas o gastos comunes de la pareja, que según la Ley 10/1998, art. 5 y 24, tenían carácter solidario para ambos miembros de la pareja (como sigue proclamando el art. 231-8 cuando se trata del matrimonio), mantengan hoy dicha consideración, toda vez que la solidaridad no se presume (art. 1137 CC), y ha desaparecido la regla específica que la imponía en este caso.

Se destaca la novedad relativa a la posibilidad de incluir el pacto de supervivencia no sólo en las compraventas sino en cualquier otra adquisición a título oneroso

Por lo demás, y como decíamos antes, hay que entender subsistente la norma, hoy no expresa, según la cual a falta de pacto cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes. Y lo mismo cabrá decir respecto de los bienes que cada uno de ellos adquiera durante la existencia de la pareja estable. La jurisprudencia ha venido entendiendo reiteradamente que la convivencia *more uxorio* sólo provoca la constitución de una comunidad económica de bienes entre sus miembros si así se deduce de la voluntad de los convivientes (STJ de Cataluña de 21 Jun. 2007; STS 4-02-2010).

2. En materia de disposición de la vivienda familiar, se aplica lo establecido por el artículo 231-9.

Se articula aquí la limitación a la disponibilidad de la vivienda familiar (“común”, en la terminología de la regulación anterior) que ya se establecía para las uniones estables de pareja en los arts. 11 y 28 de la ley 10/1998. Y se hace por la vía de declarar aplicable el mismo régimen establecido para la unión matrimonial en el art. 231-9 del Libro II. Nos remitimos por tanto a lo previsto en dicho artículo, cuyo estudio es objeto de otra ponencia en este mismo curso.

Nos gustaría no obstante destacar dos novedades:

- La primera no lo es en el ámbito del matrimonio, pero sí en el de la pareja estable, y hace referencia a la confirmación del carácter imperativo de la norma, que impide el pacto de exclusión de este consentimiento, y a la imposibilidad de que dicho consentimiento sea otorgado con carácter general, lo que no sólo hace dudosa la posibilidad del acto de disposición otorgado por uno de los miembros de la pareja que actúe a la vez con un poder general del otro miembro, sino que puede exigir consentimiento específico de éste para el concreto acto de disposición⁽¹⁸⁾.
- La segunda es la referente a la no anulabilidad del acto de disposición si ha habido manifestación inexacta del transmitente, y el adquirente lo ha sido de buena fe y a título oneroso, por cuanto ahora se excluye esa buena fe si el adquirente conocía —por supuesto— o “podía razonablemente conocer” la condición de la vivienda⁽¹⁹⁾.

3. Los convivientes en pareja estable pueden adquirir conjuntamente bienes con pacto de supervivencia. En este caso, se aplican los artículos 231-15 a 231-18, en materia de adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia.

Traslada este precepto a las parejas estables el régimen de adquisición con pacto de supervivencia previsto en sede de matri-

monio. Acoge así la doctrina del TSJC, iniciada en sentencia de 13 de febrero de 2003⁽²⁰⁾.

Nos remitimos pues a lo dispuesto en los artículos a que hace remisión el presente, destacando simplemente la novedad relativa a la posibilidad de incluir el pacto de supervivencia no sólo en las compraventas sino en cualquier otra adquisición a título oneroso.

Sección segunda. Extinción de la pareja estable

Artículo 234-4. Causas de extinción.

1. La pareja estable se extingue por las siguientes causas:

a) Cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida.

b) Muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes.

c) Matrimonio de cualquiera de los convivientes.

d) Común acuerdo de los convivientes formalizado en escritura pública.

e) Voluntad de uno de los convivientes notificada fehacientemente al otro.

2. La extinción de la pareja estable implica la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los convivientes haya otorgado a favor del otro.

Analizando este precepto en relación con los arts. 12 y 30 de la ley 10/1998, que establecían, de modo sustancialmente idéntico entre sí, las causas de extinción de las uniones de pareja heterosexuales y homosexuales, apreciamos las siguientes similitudes y diferencias:

a) Cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida

En la ley 10/1998, la causa de extinción equivalente era la “separación de hecho por más de un año”. El Libro II determina que el cese de la convivencia implica, de modo inmediato, sin necesidad de esa espera de un año, la extinción de la pareja, pero requiere que dicho cese conlleve la ruptura de la comunidad de vida.

Es decir, que mientras la anterior normativa simplificaba de alguna manera la

causa de extinción, vinculándola a que la separación de los miembros se prolongara durante un año, el Libro II “complica” su apreciación, porque esa separación o cese de la convivencia no requiere de plazo alguno, pero tiene que llevar consigo la ruptura de la “comunidad de vida análoga a la matrimonial” que como veíamos constituye el sustento de su existencia. Ello obligará a valorar si ha desaparecido alguno de los elementos configuradores de esa comunidad de vida que al principio veíamos. Y si antes ya comentábamos la dificultad de apreciar su existencia para entender si estamos ante una pareja estable, lo mismo cabe decir ahora respecto de su desaparición.

b) Muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes

El Libro II se limita a introducir, junto a la muerte, causa obvia de extinción ya incluida en la ley 10/1998, la declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

c) Matrimonio de cualquiera de los convivientes

Ya aparecía en la regulación anterior.

d) Común acuerdo de los convivientes formalizado en escritura pública

El común acuerdo de los convivientes ya era, por supuesto, causa de extinción de la pareja estable según la ley 10/1998. La única diferencia es que ahora ese acuerdo debe formalizarse en escritura pública. Ciertamente, este matiz resulta llamativo, y cabe preguntarse qué razón puede haber llevado al legislador a imponer tal exigencia formal. Porque no se me ocurre ninguna que no le debiera haber hecho al mismo tiempo apreciar la necesidad de dicha exigencia para la constitución de la pareja. Sorprende que la pareja pueda quedar constituida sin necesidad de común acuerdo, por la mera concurrencia de los requisitos estudiados, y en cambio para que se extinga en base a un acuerdo de sus miembros sea necesario que el mismo se solemnice en escritura pública.



e) Voluntad de uno de los convivientes notificada fehacientemente al otro.

No supone por sí misma ninguna novedad respecto del régimen anterior, que la contemplaba en términos casi idénticos.

Por lo demás, llama la atención la desaparición de la norma contenida en el número 2 de los arts. 12 y 30 de la ley 10/1998, según la cual *"ambos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, se hubiera otorgado"*. Es decir, si se había otorgado escritura pública (lo cual era necesario en el caso de la unión homosexual), los miembros de la pareja estaban obligados a dejarla sin efecto. Este requisito, tendente sin duda a evitar la atribución o cuando menos apariencias de valor a una escritura que ya no refleja una situación jurídica real, desaparece en el Libro II.

En cuanto al actual número 2 de este art. 234-4 (*"La extinción de la pareja estable implica la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los convivientes haya otorgado a favor del otro"*), decir que ya existía en la regulación anterior.

Artículo 234-5. Pactos en previsión del cese de la convivencia.

En previsión del cese de la convivencia, los convivientes pueden pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable. A estos pactos se les aplica el artículo 231-20.

La posibilidad de pactos en previsión del cese de la convivencia la recogía la Ley 10/1998 en sus arts. 3 y 22, que no obstante parecían limitarla, según su redacción literal, a la regulación de las compensaciones económicas. El redactado de este art. 234-5, y su remisión a lo previsto en sede de matrimonio en el art. 231-20, parece llevar consigo las siguientes consecuencias:

- Los pactos pueden referirse tanto a la esfera personal como a la patrimonial de los convivientes, si bien entendemos aplicable aquí la norma del art. 233-5, según la cual en el ámbito de guarda y relaciones personales con los hijos menores, y de alimentos a favor de estos, solo son eficaces si son conformes al interés de estos en el momento en que se pretenda el cumplimiento.

- En la esfera patrimonial, no se establece, como antes, un mínimo de derechos irrenunciable hasta el momento en que sea exigible, como era el de la pensión compensatoria o la alimenticia. Ello habilita ahora para anticipar y cuantificar las consecuencias económicas de la ruptura, pudiéndose llegar incluso a excluir la pensión compensatoria⁽²¹⁾, si bien recae en el conviviente que reclame el cumplimiento del pacto *"la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto"*.

- Se reconoce y refuerza el papel del notario, que deberá informar a los convivientes por separado del alcance de los cambios que pretenden introducir.

- Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.

- Se establece por ley la cláusula *"rebus sic stantibus"*, que permite alegar circunstancias sobrevenidas que no se previeron ni podían razonablemente preverse.

Artículo 234-6. Acuerdos conseguidos después del cese de la convivencia.

1. Después del cese de la convivencia, los convivientes pueden acordar los efectos de la extinción de la pareja estable.

2. En el caso de acuerdos alcanzados después del cese de la convivencia, los convivientes de común acuerdo o uno de los convivientes con el consentimiento del otro pueden someter a la aprobación de la autoridad judicial una propuesta de convenio que incluya todos los efectos que la extinción deba producir respecto a los hijos comunes y entre los convivientes.

3. Se aplican a los acuerdos incluidos en una propuesta de convenio y a los alcanzados fuera de convenio los artículos 233-4 y 233-5, respectivamente.

Los arts. 15 y 31 de la Ley 10/1998 ya recogían la posibilidad de que, al cesar la convivencia, los miembros de la pareja acordaran lo relativo a la guarda y custodia de los hijos comunes, y el régimen de visitas. Esta

posibilidad de acuerdos post-ruptura se extiende ahora a todos los efectos de la extinción de la pareja

Se reconoce y refuerza el papel del notario, que deberá informar a los convivientes por separado del alcance de los cambios que pretenden introducir

Por lo demás, de la remisión a los arts. 233-4 y 233-5 resulta:

- Que si los pactos se han adoptado sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los convivientes, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes. Se parte en este punto de que, a diferencia de los pactos preventivos del artículo anterior, aquí no ha habido la garantía de la información notarial por separado que dicha norma prevé. ¿Podría entenderse que si el convenio, en situación de ruptura, se formaliza o se eleva a escritura pública, cumpliendo esos mismos requisitos de información por separado, se da ya esa garantía, lo que haría inaplicable esta posibilidad de impugnación de los pactos? Lo dudo, pero dejo planteado el interrogante.

- Que, tal como decíamos para los pactos preventivos, en el ámbito de guarda y relaciones personales con los hijos menores, y de alimentos a favor de éstos, solo son eficaces si son conformes al interés de los mismos.

- Que a falta de convenio, se determinan por ley las cuestiones concretas sobre las que el juez debe decidir, unas en todo caso, otras a solicitud de uno de los miembros (uso de la vivienda familiar; división de bienes comunes o en proindiviso...)

Sección tercera. Efectos de la extinción de la pareja estable

El Libro II distingue dentro de los efectos de la extinción de la pareja estable entre los efectos personales y los efectos patrimoniales.

EFFECTOS PERSONALES

En el ámbito de los efectos personales, el art. 234-7 se remite a la regulación contenida en el Capítulo Tercero respecto de los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial (arts. 233-8 a 233-13).

De la regulación contenida en dichos preceptos, y su traslación al ámbito de las parejas estables, podemos destacar:

- 1) El conjunto de responsabilidades de los progenitores hacia sus hijos, o “responsabilidad parental” no se ve alterado por consecuencia de la extinción de la pareja, manteniendo su carácter compartido y debiendo, en la medida de lo posible, ejercerse conjuntamente (art. 233-8).
- 2) Los progenitores deben elaborar unas “propuestas de plan de parentalidad”, con un contenido tasado (art. 233-9), para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, e incluyendo en todo caso los compromisos que asumen respecto de la guarda, el cuidado y educación de los hijos.

La guarda se ejercerá en la forma acordada por los miembros de la pareja extinta en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos, resolviendo en todo caso el juez, que puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual, e incluso, excepcionalmente y con suspensión de la potestad parental, encomendarla a terceros (abuelos, otros parientes, personas próximas o una institución idónea) (art. 233-10).
- 3) Se establecen legalmente (art. 233-11) los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, destacando que en la atribución de esta no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.
- 4) A propuesta de los progenitores, puede aprobarse un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar (art. 233-12)

EFFECTOS PATRIMONIALES

En cuanto a los efectos patrimoniales, destaca:

- Que la atribución o distribución del **USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR** deberá tenerse en cuenta como posible modo de satisfacción –total o parcial– de los alimentos a los hijos y, en su caso, de la prestación alimentaria a que pueda tener derecho el miembro beneficiario de dicho uso (art. 234-8)
- Que se regula la **COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DEL TRABAJO** (art. 234-9), en términos de remisión a lo previsto en sede de matrimonio (arts. 232-5 a 232-10), pudiéndose señalar como características:

- 1) Que su **finalidad** es compensar el mayor incremento patrimonial que haya obtenido uno de los convivientes, cuando el otro ha trabajado para la casa sustancialmente más que el primero, o ha trabajado para éste sin retribución o con retribución insuficiente.
- 2) Que dada su finalidad, y la circunstancia de que su regulación en sede de matrimonio se contiene en el capítulo y sección dedicados al régimen de **separación de bienes**, hay que dar por supuesto que no será exigible si los convivientes han pactado un régimen de comunidad.
- 3) Que en este sentido, por pacto entre los convivientes conforme al art. 231-20 puede haberse prefijado su **importe**, e incluso haberse excluido el derecho a dicha compensación (art. 232-7).

De no existir tal pacto, la compensación tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de patrimonio, aunque el juez puede aumentar la cuantía (art. 232-5-4).

En caso de extinción de la pareja por muerte de un conviviente, se imputarán a dicha compensación, reduciéndola, los derechos que el superviviente ostentara en la sucesión voluntaria o intestada del causante, o los que éste le hubiese atribuido en previsión de su muerte

(por ejemplo, mediante un seguro de vida) (art. 232-5-5)

- 4) Que la compensación **debe pagarse en dinero**, salvo acuerdo o resolución judicial motivada (art. 232-8).
- 5) Que el derecho a la misma **es compatible** con los demás derechos económicos que correspondan al conviviente acreedor, para fijar o modificar los cuales debe tenerse en cuenta (art. 232-10). Esta compatibilidad, en sede de matrimonio, hace referencia a la prestación compensatoria regulada en los arts. 233-14 y ss., mientras que en sede de parejas estables debe entenderse referida a la prestación alimentaria, que pasamos a examinar.
- 6) Que el derecho a la misma prescribe en el plazo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable (art. 234-13)

La **PRESTACIÓN ALIMENTARIA** se regula (arts. 234-10 a 234-12) como un derecho de un conviviente frente al otro, para atender a su adecuada sustentación, si su capacidad para obtener ingresos se ha visto menguada, bien por el mero hecho de la convivencia, bien como consecuencia de habersele asignado la guarda de hijos comunes.

Dada su finalidad, y la circunstancia de que su regulación en sede de matrimonio se contiene en el capítulo y sección dedicados al régimen de separación de bienes, hay que dar por supuesto que no será exigible si los convivientes han pactado un régimen de comunidad

El derecho a la misma es irrenunciable si compromete la atención de las necesidades básicas del renunciante. Si bien se exceptúa de esta regla la renuncia incorporada a un convenio alcanzado después de la ruptura, conforme veíamos lo regula el art. 234-6, hay que entender que en tanto que dicho convenio ha de ser aprobado judicialmente, dicha aprobación no se daría en esas circunstancias.



La prestación puede pagarse en capital o en pensión periódica. En este último caso, reúne las siguientes notas:

- Su duración máxima es de tres años, salvo que la pérdida de capacidad para obtener ingresos se fundamente en la atribución de la guarda de hijos comunes, en cuyo caso puede extenderse mientras dure la guarda;
- Puede modificarse, e incluso extinguirse, si mejora la situación económica de quien la percibe, o empeora la del que la paga;
- Fuera de este caso, se extingue por matrimonio o nueva convivencia marital del acreedor, por fallecimiento del mismo, o por vencimiento del plazo, pero no por fallecimiento del obligado al pago.

Al igual que la compensación económica, el derecho a la prestación alimentaria prescribe en el plazo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable (art. 234-13)

En caso de extinción de la pareja por muerte de uno de sus miembros, el otro, además de los ya reseñados, tiene los **DERECHOS VIDUALES FAMILIARES** reconocidos por los arts. 231-30 y 231-31, es decir, el derecho al ajuar de la vivienda, y al "año de viudedad".

Segunda parte: las relaciones convivenciales de ayuda mutua (arts. 240-1 a 240-7)

Artículo 240-1 Régimen jurídico.

Dos o más personas que conviven en una misma vivienda habitual y que comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, constituyen una relación de convivencia de ayuda mutua, que se rige por los acuerdos que hayan estipulado o, en su defecto, por lo establecido por el presente título.

Se determinan aquí lo que podríamos llamar ELEMENTOS REALES de la relación:

- Dos o más personas;
- Convivencia en una misma vivienda habitual;

- Compartir gastos comunes, trabajo doméstico o ambas cosas, sin contraprestación;
- Voluntad de permanencia y ayuda mutua.

Artículo 240-2. Requisitos personales.

1. Pueden constituir una relación convivencial de ayuda mutua las personas mayores de edad unidas por vínculos de parentesco en línea colateral sin límite de grado y las que tienen relaciones de simple amistad o compañerismo, siempre y cuando no estén unidas por un vínculo matrimonial o formen una pareja estable con otra persona con la que convivan.

2. El número máximo de convivientes, si no son parientes, es de cuatro.

El régimen jurídico de las relaciones convivenciales de ayuda mutua, tanto en sus efectos durante la convivencia como a partir de su extinción, serán, en primer lugar los que hayan pactado los convivientes

Son ELEMENTOS PERSONALES:

- Mayoría de edad;
- Parentesco en línea colateral, o relación de amistad o compañerismo (en este caso, máximo cuatro personas);

Son OBSTÁCULOS o IMPEDIMENTOS:

- El parentesco en línea recta (no se permite una relación de abuelo-nieto);
- El vínculo matrimonial o la pareja estable con otra persona con la que convivan. Es decir, no puede formar parte de una RCAM una persona casada o con pareja estable, salvo que ya no exista convivencia (este requisito de la no convivencia es una novedad, que sitúa el régimen de estas relaciones en el de las parejas estables, en cuanto que se permite la relación si el conviviente está separado de hecho de su matrimonio o pareja estable).

Artículo 240-3. Constitución.

Las relaciones convivenciales de ayuda mutua pueden constituirse en escri-

ta pública, a partir de la cual tienen plena efectividad, o por el transcurso de un período de dos años de convivencia.

En el punto de los ELEMENTOS FORMALES, el Libro II opta por la regla general de la "aformalidad", en cuanto que la escritura pública es opcional, y (frente a lo dispuesto anteriormente en el art. 3 de la ley 19/1998) desaparece el acta de notoriedad como medio prefijado para la acreditación de la relación constituida por mera convivencia de dos años.

Esta decisión es a mi juicio susceptible de crítica, en términos similares a los desarrollados al hablar de las parejas estables.

Artículo 240-4. Acuerdos.

1. Los convivientes pueden regular válidamente, con libertad de forma, las relaciones personales y patrimoniales, y los respectivos derechos y deberes durante la convivencia, siempre y cuando estos acuerdos no perjudiquen a terceras personas. En particular, puede acordarse la contribución igual o desigual a los gastos comunes e, incluso, que el trabajo doméstico y la carga económica sea asumida íntegramente por alguno de los convivientes.

2. En previsión de una ruptura, los convivientes pueden pactar sobre los efectos de la extinción de la relación convivencial de ayuda mutua.

EL RÉGIMEN JURÍDICO de las relaciones convivenciales de ayuda mutua, tanto por lo que se refiere a los efectos durante la convivencia como a partir de su extinción, serán, en primer lugar los que hayan pactado los convivientes.

Se mantiene la libertad de forma, que admite incluso el pacto verbal.

Artículo 240-5. Extinción de las relaciones de convivencia.

1. Las relaciones de convivencia se extinguen por las siguientes causas:

a) El acuerdo de todos los convivientes.

b) La voluntad unilateral de uno de los miembros.

c) El fallecimiento de uno de los convivientes.

d) Las pactadas por los convivientes.

2. Si la relación de convivencia se ha establecido entre más de dos personas, la voluntad unilateral, el matrimonio, la constitución de una pareja estable o el fallecimiento de cualquiera de los convivientes no extingue la relación si los demás continúan conviviendo, sin perjuicio de las modificaciones que se considere conveniente realizar en los pactos reguladores de la convivencia.

Las causas de extinción se regulan en los dos primeros números del artículo 240-5

En orden a las CAUSAS DE EXTINCIÓN de la RCAM cabe señalar, conforme a los dos primeros números del art. 240-5:

1) Que dichas causas serán:

- Conforme al número 1 del precepto:
 - a) El acuerdo de todos los convivientes.
 - b) La voluntad unilateral de uno de los miembros.
 - c) El fallecimiento de uno de los convivientes.
 - d) Las pactadas por los convivientes.
- Conforme al número 2.
 - e) El matrimonio o la constitución de una pareja estable por uno de los convivientes.

2) Que la voluntad unilateral, el fallecimiento, el matrimonio o la pareja estable de uno de los convivientes no extinguen por sí la RCAM respecto de los demás.

Artículo 240-3. La extinción de la relación de convivencia deja sin efecto los poderes que uno de los convivientes haya otorgado a favor de cualquiera de los demás. Igualmente, quedan sin efecto los poderes que uno de los miembros haya otorgado a favor de cualquiera de los demás o tenga otorgados a su favor desde que se aparte de la convivencia.

Artículo 240-6. Efectos de la extinción de las relaciones de convivencia respecto a la vivienda.

1. Si la extinción de las relaciones de convivencia se produce en vida de todos los

convivientes, los que no sean titulares de la vivienda deben abandonarla en el plazo de tres meses.

2. Si la extinción de las relaciones de convivencia se produce por defunción del propietario de la vivienda, los convivientes pueden continuar ocupándola durante seis meses, salvo que hayan pactado otra cosa.

3. Si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior. A tal fin, los convivientes deben notificarlo al arrendador, en el plazo de tres meses desde el fallecimiento del arrendatario.

Artículo 240-7. Pensión periódica en caso de defunción.

1. En caso de extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el conviviente o convivientes que sobrevivan, que eran mantenidos total o parcialmente por el premuerto durante el año previo a la defunción y que no tengan medios económicos suficientes para mantenerse, tienen derecho a una pensión alimentaria, a cargo de los herederos de aquel, por un período máximo de tres años.

2. Para establecer la cuantía y duración de la pensión periódica en caso de defunción de uno de los convivientes, deben tenerse en cuenta:

- a) El coste del mantenimiento.
- b) El tiempo en que el conviviente o convivientes supervivientes fueron mantenidos.
- c) El caudal relicto.

3. La capitalización de la pensión periódica en caso de defunción al interés legal del dinero no puede exceder de la mitad del valor del caudal relicto si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante. Si los herederos son menores de edad o discapacitados, el límite debe ser la quinta parte del valor de la herencia.

4. No corresponde derecho a pensión periódica en caso de defunción si se ha pactado así en la constitución del régimen de convivencia, y se pierde si durante el tiempo fijado el beneficiario se casa o pasa a vivir maritalmente con otra persona o ha obte-

nido alimentos de las personas obligadas a prestárselos.

5. El derecho a pensión periódica en caso de defunción debe reclamarse en el plazo de un año a contar de la extinción de la relación de convivencia.

Regulan estos artículos los EFECTOS DE LA EXTINCIÓN de la RCAM, que podemos distinguir de la siguiente manera:

1/ En relación a poderes u otros documentos otorgados por los convivientes (art. 240-5-3):

- Quedan sin efecto todos los poderes que se hubieren otorgado entre sí los convivientes (en caso de extinción total); o, en su caso, los otorgados, o recibidos a su favor, por el miembro que se aparta de la convivencia (en caso de extinción parcial). Este efecto debe considerarse imperativo, y no susceptible de pacto en contrario.
- Desaparece la obligación de dejar sin efecto ("revocar", decía el art. 5º2 de la ley 19/1998) la escritura de constitución que eventualmente se hubiere otorgado.

2/ En relación a la vivienda (art. 240-6):

- En caso de extinción en vida de los convivientes, los no propietarios deben abandonarla en plazo de tres meses; si es por defunción del propietario, el plazo es de seis meses. Solo se dice respecto de este segundo caso, pero hay que entender que ambos supuestos son susceptibles de pacto que modifique los plazos.
- Si el difunto era arrendatario, los convivientes tienen derecho de subrogación por un año, o por el plazo inferior que falte para la expiración del contrato.

3/ Efectos económicos (art. 240-7)

- Desaparece la compensación económica por razón del trabajo que la ley 19/1998 regulaba en su art. 7 de modo similar a la que existe en sede de matrimonio o pareja estable.
- Se mantiene la pensión periódica alimentaria en el caso de defunción del conviviente que mantenía total o parcialmente a todos o a algunos de



los demás convivientes, que carecen de medios económicos suficientes. A falta de pacto (que puede incluso excluir este derecho), la pensión no puede superar en plazo los tres años, y se mantienen también los límites cuantitativos en relación al caudal relicto que resulta de capitalizar la pensión al interés legal del dinero.

- (1) *El régimen jurídico de las parejas de hecho*, ponencia incluida en el Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en agosto de 2005. Ed. Thomson-Civitas, págs. 110 y ss.
- (2) *Op. cit.*, págs. 107 y ss.
- (3) ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, pág. 139. (Academia Granadina del Notariado, 2000).
- (4) Citado por ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO en *op.cit.*, pág. 132.
- (5) Recordemos que según el art. 69 CC “Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos.”
- (6) “El matrimonio es una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una comunidad de vida en la que marido y mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Los cónyuges deben guardarse fidelidad y prestarse socorro mutuo”.
- (7) Matizando al respecto, INMACULADA ESPIÑEIRA SOTO, en su trabajo publicado en LA NOTARIA, núm. 42, recuerda que “El Estado tiene competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 149.1.8.º de la CE). Los registros autonómicos de parejas de hecho tienen mera eficacia administrativa, sin que la inscripción en ellos de una unión estable produzca efecto en el tráfico jurídico civil; la pareja de hecho inscrita en uno de estos registros autonómicos no se presume por el hecho de su inscripción existente y válida—esta presunción derivará, en su caso, de su formalización en documento público, escritura pública, por los efectos que la ley anuda a la misma derivados del control de la legalidad indisolublemente unido al consentimiento prestado libremente tras un asesoramiento informado—y por consiguiente, la inscripción en dichos registros no constituye medio privilegiado de prueba y tampoco los convenios reguladores de la convivencia inscritos son oponibles a terceros”.
- (8) En su redacción por Ley 10/2007, de 28 de junio.
- (9) Art. 17 Ley 10/1998: “Efectos de la ruptura unilateral. En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a for-

malizar una unión estable con otra persona mediante escritura pública hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior.” Este art. 17 tiene su equivalente, para las parejas homosexuales, en el art. 29 de la ley, pero no olvidemos que estas parejas siempre tenían que constituirse en escritura pública.

- (10) Así ha sido apuntado en diversas ocasiones por la doctrina, y también los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En este sentido, la AP de Navarra, respecto de la norma equivalente contenida en la ley foral, entendió, en sentencia de 12 de junio de 2002, que la misma tenía la condición de requisito personal, exigible únicamente una vez de las normas de conflicto del Código Civil común hubiere resultado aplicable la legislación Navarra; en caso contrario, aquella norma habría de ser considerada inconstitucional.
- (11) Artículo 14. Eficacia territorial de las normas. - 1. Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad. 2. Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra.
- (12) El Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, que determina la aplicabilidad de la normativa a las parejas inscritas en el Registro de la Diputación General de Aragón —parejas que sólo pueden ser aquellas en que sus miembros tengan la vecindad administrativa en Aragón—, lo hace exclusivamente a los meros efectos administrativos.
- (13) Sin embargo, el art. 9.2 del Estatuto de Aragón dispone que “El Derecho Foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial”.
- (14) Criterio que por otro lado y en términos generales ha sido considerado como el más adecuado por algunos autores a la hora de plantearse la necesidad de una regulación estatal sobre esta materia que resuelva los comentados posibles conflictos de derecho interregional. En este sentido, la profesora ANA QUIÑONES ESCÁMEZ (*Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Editorial Atelier, 2007, págs. 301 y ss.), al estudiar esta cuestión en sede de

derecho internacional privado, considera como criterio más oportuno para resolver los conflictos de leyes en caso de “uniones fácticas de pareja” el de la residencia habitual común, pues tales uniones de pareja tienen como trasfondo la convivencia y la residencia suele determinar, también, los derechos o beneficios sociales”.

- (15) Es el caso de la Sentencia, ya citada, de 12 de junio de 2002, de la AP de Navarra, y también de la Sentencia de la AP de Girona de 2 de octubre de 2002, en la que se entiende que procede la “aplicación que podríamos llamar indirecta de la normativa catalana”, ante la falta de alegación y prueba de la legislación suiza, propia de la nacionalidad común de los convivientes.
- (16) Dice la DGRN que “nuestro Derecho Internacional Privado no cuenta con una regla conflictual que fije la ley aplicable a todos los requisitos del matrimonio, a modo de “lex matrimonii”, ni tampoco dispone de una específica norma consagrada a señalar la ley aplicable a la capacidad matrimonial, por lo que la reconducción de dicha materia al estatuto personal de la ley nacional no deja de ser el resultado de un silogismo interpretativo, bien que ampliamente extendido en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo (...) el desconocimiento por parte de numerosos Ordenamientos jurídicos extranjeros actuales del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro Derecho conflictual, lo que supone la necesidad de activar los mecanismos legales de la interpretación integradora con objeto de cubrir tal laguna. Y desde este punto de vista el artículo 9.1 del Código Civil constituye la expresión de un principio general del Derecho que, en cuanto tal, no puede actuar de forma excluyente, sino en concurrencia con otros principios y valores jurídicos, que en conjunto y no aisladamente deben actuar para decantar la solución aplicable al caso”.
- (17) Siguiendo a INMACULADA ESPIÑEIRA SOTO (*op.cit.*), se trataría de aplicar el “principio de proximidad” principio general del Derecho Internacional Privado que conduciría a la ley de la residencia habitual común, “por ser aquella donde la pareja tiene el centro de su vida y desarrolla su quehacer cotidiano. Una pareja de hecho se asienta y cimienta sobre la base de una convivencia”.
- (18) En cualquier caso, no parece que puedan obtenerse al respecto conclusiones gene-

rales con carácter taxativo: En primer lugar, porque la casuística es demasiado amplia para permitirlo. Piénsese que, sin pretender un relación exhaustiva de posibilidades, podemos hablar: de poder otorgado por el propietario único del inmueble, a favor del otro conviviente, o a favor de un tercero; de poder otorgado por el copropietario, que a su vez puede serlo con el otro conviviente o con un tercero y haber otorgado el poder a favor de uno u otro; de poder otorgado por el conviviente no propietario, a favor del propietario o a favor de un tercero... En segundo lugar, porque el requisito que se deriva de esta norma, para evitar la ineficacia del acto de disposición a falta de la manifestación del titular de no ser la vivienda familiar (y no entro ahora en si lo es también para que dicho acto tenga acceso al registro en virtud del art. 91'1 RH,) es el de un consentimiento específico, que en algunos de los supuestos señalados cabrá entender implícito (vg. en el poder general otorgado por el conviviente copropietario a favor del otro conviviente copropietario, que en definitiva no es sino un acto de disposición conjunta), pero que en otros casos

deberá darse no ya con carácter de especial por razón de la finca, sino también del acto de disposición concreto que se pretenda.

- (19) La buena fe del adquirente, como requisito para quedar protegido en su adquisición onerosa en caso de manifestación inexacta del transmitente, ya venía exigida en la Ley 10/1998. Dicho requisito aparece ahora sujeto a una nueva norma de concreción o determinación legal de un supuesto en que en ningún caso existirá buena fe: *si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda.*

Aun cuando en último término ésta será una cuestión de prueba sujeta a la apreciación de los tribunales, me gustaría hacer dos reflexiones: la primera, que la norma parece evidenciar la intención del legislador de evitar cualquier alegación de buena fe sobre la base de la ignorancia del adquirente de que la condición de vivienda familiar impidiera la disponibilidad por su titular. La segunda, que aun cuando como regla general la buena fe se presume, y así ha de entenderse también en el supuesto que estudiamos, la introducción de esta re-

gla sitúa al notario ante la necesidad, derivada de su deber de información y asesoramiento, de cerciorarse de que el adquirente la conoce, y conoce sus consecuencias. La verdadera dificultad vendrá en determinar cuándo puede decirse con seguridad que el adquirente no "podía razonablemente conocer" la condición de la vivienda.

- (20) Y aplicada ya en Auto 8/2003, de 3 de diciembre, del Presidente del TSJC, resolviendo, en funciones gubernativas, un recurso contra calificación del Registro de la Propiedad.
- (21) El alcance de los pactos en materia de pensión compensatoria queda patente si atendemos a lo dispuesto en el art. 232-7, que hay que considerar aplicable en sede de parejas estables conforme a la remisión hecha al art. 231-20: "En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón de trabajo de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-20".

TODO Sucesiones 2011



TODO Transmisiones 2011



Todo lo que necesita para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones y del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

Recogen toda la información actualizada desde un punto de vista muy práctico, para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones.

Le ofrecen las claves para un conocimiento global de los impuestos, apoyándose para ello en la experiencia de autores especializados en la materia y añadiendo a cada punto tratado un amplio abanico de ejemplos y casos prácticos que facilitan al máximo su comprensión.

El nuevo Reglamento comunitario sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

El nuevo Reglamento sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial es la primera norma aprobada por el procedimiento de cooperación reforzada establecido en el Tratado de Lisboa.

Elisabeth GARCÍA CUETO

Notaria de Santa Coloma de Queralt

La Unión Europea se ha marcado como objetivo mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la libre circulación de las personas, sobre la base de lo establecido en el Tratado Constitutivo. Por ello se han querido adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos civiles con repercusión transfronteriza, entre los que se encuentra el divorcio y la separación judicial.

El Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial es un paso más en esta materia, después de que la Comisión adoptara el día 14 de marzo de 2005 un Libro Verde sobre la legislación y la competencia en asuntos de divorcio, dando así respuesta a una necesidad social.



© Parlamento Europeo



Cada día es más frecuente la movilidad de los ciudadanos de un país a otro, y ello requiere, por una parte, una normativa con más flexibilidad y, por otra, mayor seguridad jurídica. Por eso, este Reglamento así lo hace, dejando, no obstante, un amplio margen a la autonomía de la voluntad, ya que primero da la posibilidad de que los cónyuges designen aquella ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos. Y es cuando se da la falta de elección en cuanto a la ley aplicable, cuando el Reglamento establece normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate.

El Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial:

- a) la capacidad jurídica de las personas físicas;
- b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio;
- c) la nulidad matrimonial;
- d) el nombre y apellidos de los cónyuges;
- e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales;
- f) la responsabilidad parental;
- g) las obligaciones alimentarias;
- h) los fideicomisos o sucesiones.

La elección de la ley aplicable se determina en el artículo 5, estableciéndose las siguientes alternativas:

- a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;

- b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;
- c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o
- d) la ley del foro.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado c, el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional.

Como anteriormente se ha dicho, la normativa prevé la ley aplicable en defecto de elección por las partes, estableciendo, el artículo 8, los siguientes puntos de conexión:

- a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;
- b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;
- c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;
- d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

No hay que olvidar que la normativa opta por una línea continuista al establecer que si la separación judicial se convierte en

divorcio, se continuará aplicando la misma ley que a la separación, salvo que las partes hayan llegado al acuerdo de optar por otra ley. No obstante, si la ley aplicada a "la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5".

No hay que olvidar que la normativa opta por una línea continuista al establecer que si la separación judicial se convierte en divorcio, se continuará aplicando la misma ley que a la separación, salvo que las partes hayan llegado al acuerdo de optar por otra ley.

La normativa opta por una línea continuista al establecer que si la separación judicial se convierte en divorcio, se continuará aplicando la misma ley que a la separación, salvo que las partes hayan llegado al acuerdo de optar por otra ley

El Reglamento establece una norma de cierre: si no se escogiera por las partes, no hubiera ley de las previstas en el artículo 8 que reconociera el divorcio o separación judicial, se aplicará la ley del foro.

El presente Reglamento será aplicable a partir del 21 de junio de 2012, con la excepción del artículo 17 (relativo a la obligación de información de los Estados Miembros respecto a la Comisión de los requisitos formales que sean de aplicación en los convenios sobre elección de ley aplicable y la posibilidad de designar la ley aplicable conforme al artículo 5, antes citado), que se aplicará a partir del 21 de junio de 2011.

(<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=ojl:2010:343:0010:01:es:html>)

Reseñas de Normativa y Jurisprudencia

Servicio postal universal

Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal

(<http://www.boe.es/boe/dias/2010/12/31>)

La Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal tiene su

origen en la necesidad de transponer antes del 31 de diciembre de 2010 la Directiva 2008/6/CE, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE del Parlamento europeo y el Consejo, de 15 de



diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio.

La finalidad de la norma, tal y como se establece en la Exposición de Motivos de la misma, radica en la dotación de un modelo completo y coherente para garantizar un servicio postal universal eficaz, eficiente y de calidad, que garantice de manera efectiva los derechos de los usuarios de los servicios postales, sea cual sea la naturaleza del prestador de los mismos, proporcionando al mercado un equilibrio y justo marco para el ejercicio de la libre concurrencia basado en la protección del interés general y en la ponderación de los intereses de los distintos agentes, públicos y privados, que operan en este mercado.

Y es que la propia normativa comunitaria la que reconoce la importancia de los servicios postales como medio esencial de comunicación, comercio y cohesión social, económica y territorial, y como, en el cumplimiento de su función de interés general contribuyen al logro de los objetivos de equidad, empleo y protección social, al tiempo que favorecen la competitividad de las empresas y la elevación de la calidad de vida de los ciudadanos. De ahí, la importancia de la nueva normativa.

Derecho de nacionalidad y extranjería

Reglamento (UE) n.º 1211/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, que modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación

(<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:l:2010:339:0006:0007:es:pdf>)

Partiendo de la libertad de circulación de ciudadanos imperante en la Unión Europea, los fenómenos migratorios han obligado a poner ciertos controles en lo que se refiere a la entrada de ciudadanos

de ciertos países, mediante la exigencia de visado. Dicha exigencia está íntimamente relacionada, tal y como consta en el propio reglamento, con la existencia de riesgo de inmigración clandestina o amenaza del orden público.

Así las cosas, este Reglamento amplía el número de países cuyos nacionales tienen la obligación de tener visado para poder entrar en los países o Estados miembros. No obstante hace una excepción al eximir a Taiwán y las Islas Marianas del cumplimiento de dicho requisito.

Islandia, Noruega, Liechtenstein, Reino Unido, Chipre y Suiza siguen sometidas a un régimen especial derivado del acuerdo firmado con estos países, en relación con el acervo de Schengen.

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010

En el tema relativo a la libre circulación de ciudadanos se debe citar la Sentencia de 1 de junio de 2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En ella se prevé la anulación de ciertas expresiones de los artículos 2, 3, 4, 9 y 18 y disposición final tercera del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, relativo a la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Asimismo, se anula en su totalidad la Disposición adicional vigésima.

Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011

(http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2010-19703)

La Ley por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado prevé una modificación en el Impuesto de la Renta de No Residentes, a fin de adaptarlo a los dictados de la jurisprudencia comunitaria, en la que para que éstos queden exentos de la tributación de dividendos distribuidos por sociedades filiales residentes en España o sociedades matrices en la Unión Europea o sus establecimientos permanentes, se requiere el mismo porcentaje de participación que el establecido por el Impuesto

de Sociedades, en la materia relativa a la aplicación de la deducción del 100 por 100 para evitar la doble imposición interna en el pago de dividendos.

Otras normas

— Convenio entre el Reino de España y la República de Costa Rica para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 4 de marzo de 2004.

(<http://www.boe.es/boe/dias/2011/01/01>)

— Reglamento (UE) n.º 1238/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n.º 2658/87 del Consejo en lo que se refiere al establecimiento de una franquicia arancelaria para determinados principios activos de productos farmacéuticos con “Denominación Común Internacional” (DCI) de la Organización Mundial de la Salud y determinadas sustancias utilizadas en la elaboración de productos farmacéuticos acabados.

(<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:l:2010:348:0036:0073:es:pdf>)

— Reglamento (UE) n.º 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión n.º 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión.

(<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:l:2010:331:0084:0119:es:pdf>)

— Reglamento (UE) n.º 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión.

(<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=oj:l:2010:331:0048:0083:es:pdf>)

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Correspondientes al tercer y cuarto trimestre de 2010

Por la Redacción de LA LEY

VECINDAD CIVIL

Inconstitucionalidad sobrevenida del art. 14.4 CC al contener una norma discriminatoria contraria al principio de igualdad de los cónyuges

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 588/2009, de 14 de septiembre. (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 171920/2009

Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda formulada por el demandante contra su hermano en la que pedía la nulidad de los testamentos otorgados por su madre y otras pretensiones relacionadas con la herencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado por el demandado.

Puede ocurrir que el cambio de vecindad obedezca a la realización de un fraude pero siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta. Y ello porque: 1.º) el cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el art. 14 CC; se trata de normas que exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa; 2.º) es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable a las relaciones de quien efectúa la declaración o bien deja transcurrir el plazo de 10 años sin efectuar ninguna declaración en contrario. Pero esto no admite que todo cambio deba ser considerado fraudulento, sino solo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable, y 3.º) la igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para

considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante.

DESAHUCIO POR PRECARIO

Fijación de criterios jurisprudenciales para facilitar la decisión de los diferentes casos de desahucio por precario que pueden plantearse respecto a la vivienda familiar

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 861/2009, de 18 de enero. (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 3984/2010

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de desahucio por precario. La AP Valladolid revocó la sentencia anterior y estimó la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda familiar puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la DGRN ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.



En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el art. 96.1 CC: 1.ª) Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio o separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia, y 2.ª) Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o separación no tienen que ver con los terceros propietarios.

JUNTA UNIVERSAL, S.A.

Nulidad de junta universal de accionistas y de los acuerdos adoptados por no estar presente todo el capital social

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 222/2010, de 19 de abril. (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 49065/2010

Las sentencias de instancia estimaron la demanda de nulidad de los acuerdos sociales adoptados en junta general universal. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

El art. 99 TR LSA dio respuesta a la práctica, normalmente fundada en alguna previsión estatutaria, de considerar bien celebradas las juntas a las que, pese a haberse omitido la convocatoria o ser la misma deficiente, asisten todos los titulares de las acciones representativas del capital social y aceptan por unanimidad su celebración. Se ha considerado que el cumplimiento de estos requisitos, como alternativa a la correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia de la sociedad anónima, en el sentido de conjunto de principios configuradores de la misma. Ello sentado, los arts. 115 y 116 TR LSA califican como nulos los acuerdos contrarios a la Ley y, al regular la caducidad de la acción de impugnación de los mismos, incluyen dentro de tal categoría aquellos que por su causa o contenido resulten contrarios al orden público. El término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas. Pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el art. 99 —la presencia de todo el capital— se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron.

VENTA SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Nulidad de la venta de bienes de los hijos menores de edad realizada por el padre sin autorización judicial y sin ratificación del acto por los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 225/2010, de 22 de abril. (Ponente: Encarnación Roca Trías) LA LEY 49066/2010

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y la reconvencción y declaró la nulidad de la renuncia efectuada por el padre demandado respecto del patrimonio ganancial que ostentaba con su esposa fallecida, la nulidad de la aprobación y adjudicación de la herencia de la esposa, la titularidad de los hijos demandantes sobre una cuota del piso litigioso que les corresponde por la herencia de su madre y la validez del contrato de compraventa de dicho piso celebrado por el padre. La AP Madrid revocó la sentencia anterior, desestimó la demanda y estimó la reconvencción declarando la nulidad de la renuncia realizada por el padre respecto de su parte del patrimonio ganancial, la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y de la escritura de aprobación y protocolización de la herencia de la fallecida, y la vigencia de contrato privado de compraventa del piso. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación presentado por los demandantes, anula la sentencia recurrida y en su lugar declara la nulidad del contrato de compraventa y condena a devolver a los demandantes la finca reivindicada, desestimando la reconvencción.

De acuerdo con el art. 166 CC, la representación de los padres, como representantes legales, no alcanza los actos de disposición de los bienes de los hijos, los cuales deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del MF. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el art. 166 CC, constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente. Este es el supuesto de autos: el padre no pidió autorización judicial para la venta de uno de los bienes que formaban la herencia de su esposa y que fueron adquiridos por sus hijos como herederos de la misma y cesionarios del padre que renunció en su favor a su cuota de gananciales. No consta probado ningún acto de ratificación de los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad y es por todo ello que el contrato no reúne los requisitos mencionados, por lo que incurre en la sanción de nulidad.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^(*)

Publicadas el cuarto trimestre de 2010

Por Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

RESCISIÓN POR LESIÓN

La compraventa realizada por una persona física no comerciante a favor de una sociedad mercantil dedicada al tráfico inmobiliario es rescindible por lesión ultradimidium.

Sentencia núm. 28/2010, de 26 de julio (Ponente: Núria Bassols i Muntada)

Resumen: Se plantea si es rescindible por lesión *ultradimidium* la venta de un inmueble realizada por una persona física no comerciante a favor de una sociedad anónima dedicada al tráfico inmobiliario, teniendo en cuenta que el art. 344 CCom establece que no se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión. La cuestión a debatir es, por tanto, si la venta realizada puede calificarse como mercantil. La sentencia que comentamos parece contestar de forma negativa, ya que declara aplicable al presente supuesto la normativa de la rescisión por lesión, aunque finalmente resuelve que no procede la rescisión por considerar que la finca se vendió por un precio superior a la mitad del precio justo.

Intentaré reproducir la argumentación, en algunos momentos tortuosa, de la sentencia, que comienza recordando la doctrina del propio tribunal en el sentido de que el fundamento de la rescisión por lesión es puramente objetivo, ya que no requiere la concurrencia de error, engaño o necesidad. Así, la sentencia más reciente sobre el tema, la de 30 de diciembre de 2008, dice que el ordenamiento jurídico catalán parte del hecho de que «la onerosidad no debe ser me-

ramente formal sino real o material, de manera que las prestaciones que recíprocamente se comprometan en el negocio de transmisión de un bien inmueble sean proporcionadas y equilibradas cuando menos en el umbral de la mitad del precio justo.»

Seguidamente encara la problemática de la compraventa mercantil de bienes inmuebles tomando como referencia central la sentencia núm. 27/2007 de 10 de septiembre, que fue la primera en que el TSJC declaró el carácter mercantil de una compraventa de inmuebles (aunque el supuesto de hecho era distinto del presente ya que ambas partes eran empresas inmobiliarias). Esta sentencia valora a favor de la compraventa mercantil de inmuebles: el contenido abierto del art. 2 CCom; la ausencia de prohibición en este sentido del vigente Código de comercio, al contrario de lo que ocurría en el Código de 1829; y la exposición de motivos del CCom actual, que dice que «no puede admitirse como principio absoluto el consignado en el código vigente (de 1829) que niega a toda venta de bienes raíces el carácter de mercantil.» En contra del carácter mercantil, aduce: el art. 325 CCom, que dispone que «será mercantil la compraventa de cosas *muebles* para revenderlas»; y, «sobre todo, la práctica imposibilidad de aplicación de la mayor parte de las normas que disciplinan la compraventa mercantil a la compraventa de bienes inmuebles». Sin embargo, acaba reconociendo que «son múltiples y cada vez más frecuentes sobre la base de la interpretación de las normas conforme a la realidad social (art. 33 CC), las resoluciones que admiten tal posibilidad sobre todo desde el punto de vista conceptual.» Y cita para acreditar esta afirmación las STSJC de 7 de junio de 19990, 20 de noviembre de 1995, 22 de noviembre de 2004 y 10 de octubre de 2005; las RDGRN de 1 y 30 de junio de 1997; y las STS de 29 de abril de 1988 y 12 de julio de 2002.

En definitiva, la STSJC de 10 de septiembre de 2007 admitía la posibilidad de las compraventas mercantiles de bienes inmuebles,

(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en www.poderjudicial.es.



pero con dos importantes reservas: a) no se puede «establecer con carácter general y en abstracto en qué casos el negocio debe calificarse de una u otra forma, pues habrá que ajustarse en cada caso a las circunstancias dadas... aunque ya podemos adelantar que el elemento intencional de la reventa del comprador se constituye como factor esencial, pero no único, para determinar la naturaleza de la venta... habrá que estar fundamentalmente al contenido de los pactos o estipulaciones...»; b) aunque se califique como mercantil, la dificultad consistiría en «determinar todas las consecuencias jurídicas que podrían derivarse de la declaración de mercantilidad de la venta de bienes inmuebles» o, como dijo la RDGRN de 13 de noviembre de 1985, «la mercantilidad de las compraventas inmobiliarias sería puramente teórica» ya que, como dice la RDGRN de 1 de abril de 1997, «no es posible aplicar a las transmisiones inmobiliarias las normas que el CCom tiene establecidas para la compraventa mercantil más característica, la de cosas muebles.» La STSJC de 10 de septiembre de 2007 finalmente declaró que la compraventa bajo examen era mercantil y que, por este motivo, no era aplicable la rescisión por lesión (recordemos, sin embargo, que era una venta entre dos sociedades con objeto social inmobiliario).

Tras esta extensa argumentación (que he tratado de resumir y sistematizar), centrada en la STSJC de 10 de septiembre de 2007, la sentencia que comentamos pasa a estudiar si esta doctrina es aplicable al caso que examina. Y lo hace tomando como base la argumentación de la parte recurrente, que transcribe, y que considera que la calificación del contrato como civil o mercantil es irrelevante, «y para aplicar las normas civiles o mercantiles en un caso concreto debe atenderse a la inexperiencia o experiencia del afectado por ellas... La facultad de rescindir se fundamenta en la presunción de inexperiencia del vendedor, mientras que la norma mercantil se justifica por la experiencia del comprador.» El TSJC asume esta doctrina en el caso presente y distingue si la venta forma parte de una actividad de carácter empresarial «desde el lado del vendedor o desde las dos partes» o si la venta la realiza «una persona, normalmente física, cuya profesión no es la venta de bienes inmuebles con ánimo de lucrarse en la reventa». En este último caso, considera «injustificable que a la parte vendedora se le aplique una distinción que no se basa en ninguna razón jurídica, es decir: a) si la compraventa es a favor de un comerciante que es un profesional del mercado inmobiliario, que no pueda acudir a la rescisión por *laesio enormis* por más que esta se haya producido; y al revés, b) si por el contrario el comprador resulta ser un particular o un comerciante que se dedica a otra clase de negocio, que el vendedor pueda, en su caso, obtener la rescisión.»

Parece, pues, que el carácter mercantil de la venta es irrelevante, pero la sentencia crea en este punto una cierta confusión, ya que seguidamente dice: «Llegamos así a la conclusión del indudable carácter mercantil de la compraventa de inmuebles en el caso de que la venta forme parte de los actos propios de una actividad de carácter empresarial, profesional, de explotación mercantil, etc., con ánimo de lucrarse.» A mí personalmente no me queda claro si en el caso que nos ocupa la venta es finalmente considerada civil o mercantil; parece exigir que las dos partes o cuando menos la parte vendedora sea comerciante para calificarla como mercantil, pero no acaba de decirlo. En todo caso, esta calificación no parece muy importante, ya que, inmediatamente a continuación de la frase anterior dice: «Así pues resulta claro, en el caso que nos ocupa, que a la demandante no comerciante no puede afectarle que la empresa demandada compradora de la vivienda familiar sea un profesional del mundo

inmobiliario. De manera que, si se dieran las premisas del artículo 321 de la Compilación de derecho civil de Cataluña, podría prosperar la rescisión por lesión.» Pero resulta que no se dan, ya que el valor de la finca vendida no es superior al doble del precio de venta, según una valoración de la prueba realizada por la Audiencia que el TSJC estima como «razonada y razonable».

Comentario: Es una sentencia un tanto extraña, por más que considere que la resolución de declarar aplicable el engaño a medias siempre que la parte vendedora no sea comerciante es la más justa y razonable. Pero es extraña en el sentido en que invierte el orden habitual de examinar en primer lugar el recurso por infracción procesal y después el de casación, cuando, de haber examinado aquél primero, no habría sido necesario entrar en el recurso de casación, pues por la valoración de la prueba de la tasación pericial quedaba claro que no procedía la rescisión por lesión. En cambio, aborda en primer lugar el recurso de casación y lo centra además en el examen de una sentencia, la tantas veces mencionada de 10 de septiembre de 2007, que contempla un supuesto de hecho muy distinto y que utiliza una argumentación que la lleva a una doctrina muy distinta de la que establecerá después la sentencia que comentamos. Parece como si esta estuviera especialmente interesada en reafirmar la de 2007, a la que parece seguir en todo momento, aunque finalmente la abandona, pues parece que considera la compraventa como civil (sé que he puesto demasiadas veces la palabra «parece», pero me cuesta sustituirla ya que la argumentación del tribunal no es suficientemente clara). Tal vez lo que ocurra es que resulta difícil encontrar una argumentación con base legal firme para llegar a la conclusión de que la venta es civil aunque intervenga en ella una sociedad mercantil; y más difícil aún fundamentar que la venta es mercantil, pero que se le aplica la normativa civil; y más difícil aún declarar que el carácter civil o mercantil es irrelevante, ya que realmente hay ventas, como la de 2007, de carácter indudablemente mercantil, a las que no tiene razón de ser aplicar la rescisión por lesión, ya que esta supone la inexperiencia de la parte vendedora. Por tanto, tal vez el TSJC debería haber centrado sus esfuerzos no en salvar la sentencia de 2007, que contemplaba un caso distinto, sino en fundamentar el carácter civil o, tal vez, mixto de la venta examinada, que justificara la aplicación del art. 321 CDCC.

DESHEREDACIÓN

La acusación de parricidio contra el causante, realizada por los legitimarios por medio de una acción penal judicialmente sobreseída, se puede considerar injuriosa a efectos del desheredación. La inacción del causante en relación con tal acusación no puede considerarse un perdón tácito.

Sentencia núm. 32/2010, de 6 de septiembre (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

Resumen: El causante, muerto en 2007, desheredó a sus hijos «al amparo de lo que dispone el art 370. III CS», que establece como causa de desheredamiento «haber maltratado de obra e injuriado, en ambos casos gravemente, al testador o a su cónyuge». Los hijos del primer matrimonio habían ejercido contra el causante, en vida de este, una acción penal por un supuesto delito de abandono de familia en el que lo acusaban, entre otras cosas, de parricidio, por ha-



ber desatendido a la madre del testador y abuela de los legitimarios, «consiguiendo de este modo acelerar la muerte de esta», acción que fue sobreseída por los tribunales. El causante se abstuvo de ejercer ninguna acción contra los actores por razón de las imputaciones que estos le dirigieron. Los hijos impugnaron el desheredamiento y la Audiencia Provincial les dio la razón, en base a que no consideraba injuriosa la conducta de los hijos, sino calumniosa, y a que el causante, al no haber actuado judicialmente contra sus hijos, les había perdonado tácitamente.

El TSJC, en cambio, declara justo el desheredamiento, por considerar que la conducta de los hijos fue injuriosa y que no hubo perdón por parte del causante.

A) En cuanto a la existencia o no de una injuria grave en la acción penal ejercida por los hijos, interesa destacar que estos habían alegado que su acción fue legítima «en defensa de derechos propios» (por lo que parece, tenían intereses sucesorios en la herencia de su abuela) y que no estuvo presidida por el *animus injuriandi*, sino solo por el de «aclarar las circunstancias de la muerte de su abuela», argumento que no es aceptado por el TSJC, que considera un «salto cualitativo totalmente injustificado... el hecho de haber dirigido contra él una acusación por un delito de parricidio del art. 405 CP 1973, y atribuirle con *temerario desprecio hacia la verdad* —cosa que determina la concurrencia del *animus injuriandi*— la dolosa intención de matar a su propia madre». El «temerario desprecio hacia la verdad» se fundamenta en «las claras y exculpatorias conclusiones de la autopsia de su abuela (muerte natural por trombosis arterial)».

Los legitimarios también habían alegado que la imputación del delito de parricidio se debió solo a un «franco error procesal» cometido por su letrado, argumento que no es aceptado por el tribunal, que declara que «no es concebible —ni ha sido acreditado— que sus representantes procesales hubieran asumido la mencionada iniciativa... sin contar con el conocimiento y la autorización de sus clientes.

Por otro lado, declara que la diferencia penalmente relevante entre la injuria grave y la calumnia no tiene trascendencia en el orden civil, donde la imputación calumniosa puede considerarse igualmente injuriosa a efectos del art. 370, 3a CS.

Finalmente, no exige para el desheredamiento una declaración previa de la jurisdicción penal, a diferencia de la indignidad sucesoria, donde el legislador presume la voluntad del testador de excluir a su legitimario cuando falta la disposición expresa de aquel.

B) En cuanto a la existencia de perdón o reconciliación tácitos, considera que no han existido y que, en cambio, el testador formuló el desheredamiento de forma clara en su testamento.

Comentario: La doctrina principal de esta sentencia es que la acción judicial ejercida por los legitimarios no evita que sus imputaciones puedan ser consideradas injuriosas a efectos del desheredamiento. Ahora bien, para compatibilizar el derecho constitucional de los legitimarios a la tutela judicial con el derecho al honor del causante, de la lectura de la sentencia se puede deducir que el TSJC exige que la expresión objetivamente infamante no esté justificada por el ejercicio de la demanda judicial o que la imputación del he-

cho delictivo se realice con temerario desprecio de la verdad. En el caso que comentamos, la acción penal por el delito de abandono de familia no justifica la acusación de parricidio, que es considerada por el tribunal como un «salto cualitativo totalmente injustificado», que determina la existencia del *animus injuriandi*. Sin embargo, si el causante hubiera sido acusado directamente de parricidio, este requisito no se cumpliría, por lo cual, para apreciar el *animus injuriandi*, sería exigible el *temerario desprecio hacia la verdad*. A pesar de la diferenciación que el TSJC establece entre la terminología penal y la civil, este concepto parece extraído del art. 208 CP, que define la injuria grave como la acción o expresión que lesiona la dignidad de una persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estima, cuando se hayan realizado con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad. En el caso presente, estamos más bien ante una calumnia, que el art. 205 CP define como la imputación de un delito realizada con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad, pero como muy bien dice el TSJC y se deduce de los preceptos transcritos, la calumnia es un subgénero dentro de la injuria, por lo cual la distinción no tiene relevancia civil.

Por otro lado, el TSJC no acepta la alegación de los legitimarios de que la acusación de parricidio fue una extralimitación de su letrado. Este argumento ha sido extraído probablemente de la doctrina de la STS de 14 de marzo de 1994, la cual, en un caso parecido al presente, afirmó: «Los ataques al honor del padre figuran en un escrito que no fue redactado por la legitimaria sino por su abogado, que fue hecho en defensa de los derechos que asistían a su cliente y sin propósito de agraviar.» Me parece preferible la tesis del TSJC, que presume que las actuaciones procesales de los representantes de la partes son conocidas y autorizadas por estos, si no se demuestra lo contrario.

El caso que comentamos está regulado por el CS, ya que el causante murió antes de la entrada en vigor del Libro cuarto del CCCat. Actualmente, el art. 451-17.2, c) ha suprimido la referencia a la injuria grave como causa de desheredamiento. No obstante, subsiste la causa del maltrato grave al testador, que puede incluir la injuria grave, ya que el maltrato puede ser tanto físico o de obra como psicológico o de palabra, como señala la doctrina (RIBOT, *Comentari al Llibre quart del Codi Civil de Catalunya*, Atelier, 2009, pág. 1598) y el TS (S. 26 de junio de 1995).

Finalmente, por lo que respecta a la reconciliación tácita, tanto el art. 371 CS como el art 451-19.1 exigen que se pueda apreciar por actos indudables. Difícilmente se puede considerar como acto indudable una omisión, como en este caso la inacción judicial de causante en relación con la acusación injuriosa de sus hijos. En cuanto al perdón, ha de constar en escritura pública, por lo que no puede ser tácito, sino en todo caso expreso.

EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HERENCIA

La prohibición de denegación de la prórroga del arrendamiento en base al art. 53.3 LAU de 1964 no se extingue por la muerte del arrendador que adquirió el inmueble y pasa a sus hijos.

Sentencia núm. 33/2010, de 6 de septiembre (Ponente: Carlos Ramos Rubio)



Resumen: El propietario de una vivienda arrendada la vendió en 1983 por un precio que fue declarado judicialmente superior al resultante de la capitalización de la renta del alquiler al tipo correspondiente por la fecha del contrato, razón por la cual la sentencia que hizo esta declaración, en aplicación del art. 53 LAU 1964, prohibió al arrendador la denegación al arrendatario de la prórroga del arrendamiento por motivo de necesidad del arrendador (causa prevista en el art. 62, 1a LAU 1964). Este murió en 1989 y su viuda pasó a ser heredera universal y, por tanto, propietaria y arrendadora de la vivienda. La heredera presentó una demanda contra el arrendatario en ejercicio de una acción de desahucio por denegación de prórroga legal basada en necesidad del arrendador. La cuestión, por tanto, reside en si la prohibición de denegación de la prórroga forzosa es personalísima del causante o si, por el contrario, se transmite a su heredera. El Juzgado de Primera Instancia aceptó la denegación de la prórroga forzosa, pero la sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial.

Al TSJC se le plantea, de entrada, una cuestión competencial: el arrendatario alega que el tribunal no puede admitir a trámite el recurso de casación en base al núm. 3 del art. 477 LEC, porque no tiene el necesario interés casacional, ya que su resolución no puede cumplir la finalidad de creación de jurisprudencia o doctrina sobre el derecho catalán, ya que su objeto real es decidir sobre una materia (la arrendaticia) regulada por una ley estatal, la LAU. Sin embargo, el TSJC se declara competente ya que la cuestión sometida a juicio es de naturaleza sucesoria, como lo demuestra que la propia parte demandada se opusiera a la denegación de la prórroga en base a la vulneración del art. 1 CS (vigente a la apertura de la sucesión), por considerar que la heredera del arrendador se subrogó automáticamente en los derechos y obligaciones arrendaticias, sin necesidad de que lo dijera una ley especial, porque ya lo dice la ley general. Por otro lado, declara el TSJC que su jurisprudencia se extiende, dentro de su ámbito territorial, a las normas de derecho civil común invocadas en relación con normas del derecho civil catalán (art. 73,1,a LOPJ; art. 478.1, párrafo 2.º LEC; y art. 95.2 EA de Catalunya). Finalmente, a pesar de admitir que el recurso de casación no se puede basar en preceptos de carácter genérico, el TSJC declara que se puede aceptar su admisión cuando la cita de la norma genérica se relacione directa e intensamente con otra norma concreta de derecho sustantivo.

En relación con la cuestión de fondo, el TSJC declara que la limitación del art 53.3 LAU es aplicable a la heredera del arrendador. La propietaria alegó que la «obligación negativa» que impone el mencionado artículo se refiere exclusiva y literalmente al adquirente en virtud de una transmisión onerosa por precio excesivo, no al arrendador, la cual cosa da pie a entender que se trata de una prohibición personalísima, cualificación que no comparte la parte contraria, que sostiene que no tiene nada que ver con las cualidades personales del adquirente y porque limita las posibilidades de denegar la prórroga no solo por razón de la necesidad del arrendador, sino también por la de sus familiares directos. El TSJC acoge el punto de vista del arrendatario en base a los siguientes argumentos:

- a) Entiende que no es determinante el hecho de que el art. 53.3 LAU utilice el término «adquirente», como lo demuestra la remisión de este precepto al art. 62.1, que se refiere al arrendador y a sus ascendientes y descendientes.
- b) La herencia comprende todas las relaciones jurídicas transmisibles en las que haya estado comprometido el causante, lo cual

incluye con carácter general las derivadas de los contratos, a excepción las intransmisibles por pacto, disposición legal o por la propia naturaleza de sus derechos y obligaciones. En este sentido, la LAU de 1964 muestra una clara propensión a la continuidad en las posiciones contractuales de arrendatario y arrendador. En cuanto a la naturaleza de la limitación del art. 53.3 no se puede considerar, según el TSJC, como una sanción *intuitu personae* prevista para los supuestos de fraude o maquinación en la compraventa de finca arrendada, ya que es aplicable también en los casos en que el precio sea el de mercado o, incluso, inferior y no pueda descubrirse la intención de perjudicar los derechos de adquisición preferente del arrendatario, citando en este sentido la STS de 15 de enero de 2009, que califica la limitación examinada como un derecho del arrendatario, en la génesis del cual solo se consideran circunstancias objetivas como el precio de la venta y el importe de la renta y para la cual no se prevé ninguna limitación temporal.

Comentario:

1. La competencia del TSJC

El art. 95 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 dice en su punto 3 que «corresponde en exclusiva al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la unificación de la interpretación del derecho de Cataluña.» El art. 73.1 LOPJ establece que «la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.» Finalmente, el art. 478. 1 LEC dice que «El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.»

De la normativa transcrita resulta claramente que si el recurso de casación se fundamenta, exclusiva o juntamente con otros motivos, en infracción de normas de derecho catalán, la competencia para resolverlo corresponde al TSJC. Pues bien, la sentencia que comentamos dice en su antecedente de hecho cuarto que el recurso de casación se interpuso denunciando la vulneración del art. 1 CS, en relación con el art. 53 LAU. Por tanto, parece clara la competencia del TSJC, a quien corresponde la unificación de la doctrina sobre el alcance de la transmisión *mortis causa*.

2. La transmisión hereditaria del *universum ius del causante*

Lo que pretende la parte recurrente es que la limitación o prohibición que impone el art. 53 LAU al arrendador entre en la excepción del art. 1 CS, en relación con la subrogación en las obligaciones del causante que se extinguen por la muerte. Pero su inclusión en esta excepción no tiene ningún apoyo legal, como argumenta el TSJC. El Derecho catalán concibe la sucesión hereditaria como un proceso



de subrogación del heredero en la posición que el causante ostentaba en sus relaciones jurídicas; por tanto, la norma es la transmisión, con las excepciones casi únicas en materia civil de los derechos de la personalidad, los vitalicios y los personalísimos. La relación jurídica arrendaticia no es en absoluto una relación personalísima, como difícilmente lo son en general las obligaciones de dar a las que pertenece aquella. Por otro lado, visto desde el punto de vista del arrendatario es evidente que sus derechos no pueden verse alterados por la subrogación del heredero en la posición del arrendador.

RETRIBUCIÓN DEL ALBACEA

El albacea universal no pierde el derecho a la retribución por el hecho de haber intentado percibirla mediante la venta de un prelegado. Para calcular la retribución del albacea no se descuenta el importe de las legítimas

Sentencia núm. 35/2010, de 23 de septiembre (Ponente: M^a Eugenia Alegret Burgués)

Resumen: En una herencia sujeta al CS, el albacea y los herederos discrepan sobre el importe de la retribución de aquel. El caudal relicto está casi enteramente distribuido en legados y el albacea había sido designado por la testadora como albacea contador partidor con carácter universal y facultades para practicar inventario, partición y adjudicación de todos los bienes hereditarios. Ante la falta de acuerdo con los herederos y debido a diversas incidencias surgidas con estos durante el proceso de ejecución del testamento, el albacea había intentado percibir su retribución mediante la venta del bien prelegado a los herederos (los otros legados ya han sido entregados a los legatarios). Sobre esta actuación del albacea, la Audiencia declaró que no era suficiente para comportar la remoción de su cargo (para lo cual el art. 320 CS —igual que actualmente el art. 429-14 CCCat— exige una conducta dolosa o gravemente negligente), pero sí que lo era para perder su retribución legal, a la cual sólo se tenía derecho, según indicaba, cuando se hubiera cumplido el encargo con toda diligencia.

El TSJC declara el derecho del albacea a percibir la retribución. El principal argumento de la sentencia es que el grado de cumplimiento del encargo es suficiente para que no se rompa el sinalagma o equilibrio necesario entre las prestaciones. Y es que una cosa va ligada a la otra, ya que la finalidad de la retribución del cargo del albacea ha sido tradicionalmente tanto la remuneración de los servicios prestados como la estimulación a la aceptación del cargo. Además, considera (*obiter dicta*, ya que no es objeto del recurso) del albacea podía vender bienes de la herencia con el fin de percibir su retribución (la cual, según el art. 34, es una carga de la herencia), facultad que entra dentro de las que el art. 316 CS confiere al albacea universal para la entrega directa del remanente. El tribunal declara también que si los herederos consideran que la actuación del albacea les ha causado un daño injustificado, aunque su conducta no sea lo bastante dolosa o negligente para removerlo del cargo, podrían pedir una eventual indemnización por daños y perjuicios conforme al art. 1100 CC o la reducción del importe de la remuneración establecida por la ley, según la doctrina legal establecida en sede de obligaciones contractuales.

Finalmente, ya que el albacea tiene derecho a la retribución, el TSJC analiza una cuestión que no había sido resuelta por los tribunales de instancia (los cuales habían resuelto que no tenía derecho

a ella): la forma de calcularla. Y es que los herederos mantenían que del caudal relicto se debía restar el importe de las legítimas, criterio que no es admitido por el tribunal, que considera que computar las legítimas se aviene mejor con las características del cargo de albacea y también se deduce de lo que establece el art. 314 CS sobre la remuneración de los contadores partidores, que incluyen los bienes objeto de partición y, por tanto, incluidos los legados y los créditos legitimarios.

Comentario: Me parece una sentencia acertada. Por un lado, porque no se puede hablar de falta de diligencia por parte del albacea que ha librado todos los legados a excepción del prelegado con el que pretendía cobrar su retribución. Por otro lado, la actuación del albacea encaminada a la venta de un legado para poder percibir su retribución también se puede considerar ajustada a la ley: distribuida toda la herencia en legados, estoy de acuerdo con la cualificación del albacea como albacea universal de entrega directa del remanente, de manera que una de sus funciones es pagar las cargas hereditarias y con esta finalidad puede realizar bienes de la herencia [arts. 429-10 a) y e) CCCat y 316-III CS]; tampoco hay duda sobre la consideración de su retribución como una carga de la herencia, ya que así lo establecen los arts. 34-II CS y 461-19 d) CCCat. Por tanto, no se puede decir que la actuación del albacea haya sido negligente ni dolosa por este motivo.

Lo que no aclara la sentencia es si se podría privar del derecho a la retribución al albacea que incurre en negligencia leve, como ya hizo la STSJ de 3 de diciembre de 2001, que consideró que su actuación no era dolosa ni gravemente negligente como para removerlo del cargo, pero sí para perder el derecho a la retribución. El argumento del equilibrio de prestaciones da a entender que los tribunales pueden adecuar la retribución del albacea no sólo a su diligencia, sino también al grado de cumplimiento del encargo o a la complejidad del mismo, como aduce el tribunal para diferenciar el actual supuesto de hecho del que motivó la sentencia de 3 de diciembre de 2001. Esta flexibilidad, sin embargo, es más consecuencia de la equidad judicial que un criterio legal, ya que el legislador ha fijado el importe de la retribución supletoria de la prevista por el causante de una forma uniforme.

Por otro lado, podría parecer que estas facultades tan amplias que el albacea universal podrían lesionar excesivamente los derechos de los herederos, ya que aquel no solo puede realizar bienes de la herencia para cobrar su retribución, sino que puede fijar unilateralmente su importe en base a la valoración que él mismo haga del caudal relicto. Se puede hablar de un conflicto de intereses como en el caso del albacea que es también legatario y que comentamos en estas mismas páginas a propósito de la RDGDEJ de 7 de octubre de 2010. En los dos casos, sin embargo, el carácter fiduciario del albacea universal justifica la amplitud de sus facultades, sin perjuicio de las acciones que los interesados en la sucesión pueden ejercitar si consideran que su actuación no se ha ajustado a la voluntad del causante o a la ley.

También me parece claro que las legítimas forman parte del activo hereditario líquido. Aunque la ley no define el activo hereditario líquido a los efectos de la retribución del albacea, la doctrina coincide en considerar como tal el importe del caudal relicto descontando las deudas del causante y las cargas hereditarias (MARIN, *Comentari...*, Atelier, 2009, pág. 937). Para precisar el concepto de carga hereditaria podemos acudir nuevamente a los arts. 34-II CS i



461-19 CCCat, que mencionan como tales los gastos de entrega de las legítimas, pero no los créditos legitimarios en sí mismos, que más que una carga de la herencia son una deuda de los herederos.

PROHIBICIÓN DE LA CUARTA FALCIDIA^(**)

La prohibición de la cuarta falcidia por parte del testador puede ser expresa o tácita, siempre que haya utilizado expresiones de significado concluyente e indiscutible, y sin que pueda presumirse del hecho de haber realizado alguna atribución de poca consideración al heredero o de haber facultado al legatario para tomar posesión de los legados

Sentencia núm. 36/2010, de 23 de septiembre (Ponente: Carlos Ramos Rubio)

Resumen: La causante, de vecindad civil catalana, murió en 2006, y había otorgado pocos meses antes un testamento en el que hizo una serie de legados a favor de su pareja estable, con facultad para tomar posesión de ellos, y nombró herederas «en el remanente de sus bienes» a sus hermanas, sin referirse a la cuarta falcidia; el mismo día del otorgamiento del testamento, la causante extendió de su propia mano un documento privado que calificaba de «aclaración» de aquel y en el que hacía constar su voluntad de dejar una pequeña cantidad de dinero a sus hermanas herederas. En el momento de la aceptación de la herencia se comprueba que en el *relictum* no hay más bienes que los legados en el testamento. Las herederas interpusieron demanda en reclamación de la cuarta falcidia, que en primera instancia les fue concedida y en segunda denegada.

El TSJC les reconoce el derecho a la cuarta falcidia, siguiendo a la doctrina (RIPOLL, BORRELL, ROCA, ALBIOL), que acepta la prohibición tácita siempre que resulte de manera clara e inequívoca que esta es la voluntad del causante. Lo fundamenta también en que el testador puede establecer que algunos legados no se reduzcan (art. 278.2 in fine CS), sin necesidad de decir expresamente que está limitando la cuarta falcidia; y en el art. 231 CS, que regula la cuarta trebellánica, pero que considera aplicable por analogía a la cuarta falcidia, en base al cual «...es razonable exigir que sea hecha en el testamento mediante la utilización por parte del testador de expresiones de significado concluyente e indiscutible, como cuando se dice que se entreguen los legados dispuestos «sin ninguna detracción» o «únicamente con la de determinados bienes o cantidades» (art. 231.1 CS), o cualquier otra locución de sentido y claridad análogos (véase STS 1a 22 abr. 1978) dirigida inequívocamente a excluir o a limitar de cualquier manera las consecuencias, respecto a la reducción de todos o parte de los legados dispuestos por el testador, propias de la cuarta del heredero (artículos 276 y sig. CS).”

Admitida por tanto la prohibición tácita, aunque deberá ser clara e inequívoca, el tribunal se plantea el valor de la facultad otorgada por el testador al legatario de tomar posesión por su cuenta de los

legados dispuestos a su favor (facultad que para la Audiencia era importante para presumir la voluntad del causante contraria a la detracción de la cuarta falcidia). Recoge la consideración de que la prohibición legal al legatario para tomar posesión de ella obedece a razones de garantía a favor de los acreedores de la herencia, de los legitimarios y de los herederos para percibir sus derechos (créditos, legítimas y cuarta falcidia, respectivamente), que tienen preferencia sobre los del legatario, preferencia que no pierden por el hecho de que el testador les prive de esta garantía facultando al legatario para tomar posesión del bien legado conforme al art. 271.4 CS (actualmente, art. 427-22.4 CCCat). Por tanto, esta facultad no incide en la cuarta falcidia, como tampoco la atribución a los herederos del remanente de los bienes o el encargo al legatario de las gestiones de entierro y sufragios piadosos no permiten presuponer en correcta lógica la voluntad del causante de reducir la institución al mero *nomen heredis*.

Comentario: Lo que sorprende de esta sentencia es su grado de exigencia en la forma de expresión de la voluntad del testador, al concluir que solo se puede admitir la prohibición de la cuarta falcidia si el testador lo ha hecho de forma expresa, o de forma tácita pero siempre y cuando su voluntad resulte de manera clara e inequívoca. Esta exigencia comporta, bajo mi punto de vista, dos problemas, de cuya solución dependerá el acierto o desacierto de esta sentencia.

1. El primer problema es que exigir que la prohibición tácita resulte de forma clara e inequívoca diluye la diferencia entre la expresión expresa y la expresión tácita. Si, al igual que la generalidad de la doctrina, consideramos que «expresa» no equivale a «explícita» o a «sacramental», sino que puede ser también implícita (véase a este respecto BADOSA, “Capítol 12. El negoci jurídic”, en *Manual de Dret Català*, Marcial Pons, 2003, p. 229-270, citado por GRAMUNT, *Fideicomís de residu versus substitució preventiva de residu: la voluntat expressa*, InDret 1/2010), debemos concluir que una voluntad expresada de forma clara e inequívoca no es tácita sino expresa y, por ende, que la prohibición de la cuarta falcidia solo puede ser expresa, cosa que la ley no exige.

La cuestión de la diferenciación entre los conceptos de declaraciones de voluntad expresas, tácitas y presuntas es una tarea complicada, en gran parte porque tanto el legislador español como el catalán utilizan estos términos de forma poco precisa. VALLET («La voluntad del causante ley de la sucesión», en: *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia Castaño*, Universidad de Salamanca, 1984, p. 731) dice que, en latín, «expressus» significaba una declaración clara pero no formal y en castellano «expreso» significa claro, patente, pero sin exigir el uso de ninguna palabra sacramental. Para VALLET, «expreso» no es lo contrario de tácito sino de presunto o conjetural; y tácito no se opone a expreso sino a formalmente expresado o literalmente dicho. En realidad, sin embargo, creo que los tres términos se oponen entre ellos.

Un criterio que me parece bastante claro, siguiendo en parte también a ALBALADEJO (Derecho civil, T-1, V-1, Bosch, 1977, p. 170), podría ser el siguiente: voluntad expresa es la que resulta claramente de una declaración o de un comportamiento que su autor realiza con esta finalidad y por los medios destinados a exteriorizar la voluntad; voluntad tácita es la

(**) Hay una versión más amplia de este comentario en el trabajo «La prohibición de la cuarta falcidia: exigencia de manifestación expresa por parte del testador», publicado en *InDret*, número 1/2011.



que resulta también claramente de una declaración o de un comportamiento que su autor realiza con otra finalidad o por un medio no destinado a exteriorizar la voluntad; y voluntad presunta es la que no resulta claramente de la declaración o comportamiento de su autor, pero que es inferida por la ley o por el intérprete por entender que es la consecuencia más adecuada a su conducta.

Veamos unos ejemplos. Si el testador dice «Instituyo herederos a mis hijos A y B», sin especificar nada más, está haciendo una declaración de voluntad expresa de institución de heredero y una presunta de institución por partes iguales, presunción establecida por el art. 423-6.1 CCCat. Si la persona que es llamada como heredera vende su derecho hereditario, está aceptando la herencia de forma tácita (ya que resulta claramente de una conducta que su autor realiza con otra finalidad). En el ámbito de las disposiciones testamentarias es mucho más difícil la expresión de una voluntad tácita dado el carácter formal de las disposiciones testamentarias, que no permite tener en cuenta la voluntad no recogida con los requisitos formales que establece la ley, y a consecuencia de la intervención del notario en la gran mayoría de los testamentos.

Para acabar de complicarlo (y de completar la gradación de formas de expresión de la voluntad testamentaria), deberíamos añadir la voluntad hipotética, que es la que reconstruye la voluntad del testador para integrar las lagunas inadvertidas e imprevistas por el testador. Los casos más claros de integración legal de la hipotética voluntad del testador son los de la ineficacia del testamento sobrevenida por la preterición errónea y por la separación matrimonial o de la convivencia. La doctrina mayoritaria admite también la integración no basada en la ley, pero siempre contando con un apoyo en la disposición testamentaria.

2. Por tanto, tenemos un espectro muy amplio en cuanto a formas de expresión e integración de la voluntad del testador, presidido por la norma general del art. 421-6.1 CCCat (art. 110 CS, en el caso de la sentencia que nos ocupa): «En la interpretación de un testamento, hay que atenerse plenamente a la verdadera voluntad del testador, sin tener que sujetarse necesariamente al significado literal de las palabras empleadas.» Esta conclusión nos lleva directamente a la segunda cuestión planteada: si incluso la voluntad hipotética del testador puede usarse para integrar su voluntad, ¿es legítima la exigencia del TSJC de requerir la prohibición expresa de la cuarta falcidia?

En mi opinión sí, en base a los argumentos siguientes:

- Hay algunos preceptos en el CCCat que exigen la voluntad expresa del testador, no muchos, sólo cinco o seis (me refiero aquí al CCCat y no al CS por tener mayor interés, pero el argumento no varía). Es el caso del art. 426-53.2, que faculta al fiduciario para disponer a título gratuito, si se ha establecido de manera expresa; y del art. 431-14.1, a), que permite a los otorgantes de un pacto sucesorio revocarlo unilateralmente si lo han pactado expresamente. En estos artículos el fundamento de la exigencia de la constancia expresa podría ser la concesión de una facultad contraria a la naturaleza propia de la institución. De la misma manera se podría considerar contrario a la institución de heredero el hecho de que este no reciba ni la cuarta parte del caudal

relicto. También encontramos la exigencia de voluntad expresa cuando el testador priva a alguien de una expectativa que él mismo le había conferido, como en el caso de la donación por causa de muerte (art. art. 432-5) o de un derecho que le corresponde legalmente, como en el caso de la desheredación (art. 451-18.1). De la misma forma, se puede considerar la cuarta falcidia como un derecho del heredero (y más ahora que se llama también «cuota hereditaria mínima»), con la diferencia respecto a la desheredación que el testador le puede privar sin causa justificada, pero nadie le obliga tampoco a nombrarlo heredero. Y finalmente hay también el caso de la prohibición de la cuarta trebeliánica, como declara el TSJC, donde el art. 231 CS exigía un cierto grado de constancia. Considero, por tanto, que hay elementos suficientes para aplicar la *analogía legis* a la prohibición de la cuarta falcidia.

- Por otro lado, en la institución de la cuarta falcidia se puede considerar que existe una presunción legal. Aunque, según los antecedentes históricos de la figura, su finalidad era incentivar la aceptación por parte del heredero poco favorecido por las disposiciones testamentarias, para evitar que su repudiación comportara la pérdida de eficacia de los legados, en derecho catalán este fundamento ha desaparecido ya que los legados subsisten a cargo de los herederos abintestato (VAQUER, DEL POZO i BOSCH, *Derecho civil de Cataluña, Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, 2009, p. 256). Esta circunstancia, unida a la discrecionalidad de la cuarta falcidia por parte del causante, da a esta figura un aire de presunción legal: el legislador presume que la voluntad del testador va más allá de atribuir al heredero el simple *nomen heredis*, como insinúa la sentencia comentada. Por consiguiente, tiene sentido que esta presunción legal no se pueda deshacer con otra presunción, sino que se requiera una manifestación expresa del causante.

El TSJC tiene razón, por tanto, en mi opinión, al declarar el derecho de las herederas a percibir la cuarta falcidia y al casar la sentencia de la Audiencia que las privaba de este derecho en base a la voluntad presunta de la testadora, interpretación por otro lado poco fundamentada. En efecto, ni la manifestación en el documento privado (memoria testamentaria o codicilo hológrafo) de que quería legarles una pequeña cantidad de dinero (ya que en tal caso cualquier asignación a favor de los herederos les privaría de la cuarta falcidia), ni la facultad de los legatarios de tomar posesión de los bienes legados (que no significa que los hagan suyos, como dice la sentencia casada), ni la expresión «herederas en el remanente» (que se hace constar habitualmente en los testamentos cuando se realizan legados para no poner heredero universal y que parezca contradictorio con la ordenación de los legados, —por cierto, incorrectamente— ya que lo más adecuado es hablar de heredero y punto), en definitiva, ninguno de estos argumentos tiene fundamento ni amparo legal suficiente para excluir el derecho de las herederas a la cuarta falcidia, cuya prohibición creemos que sólo puede ser expresa.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en noviembre y diciembre de 2010
(no se publicaron resoluciones en octubre)

Por Fernando Agustín Bonaga. Notario de Calatayud

ANOTACIONES PREVENTIVAS

EN GENERAL

Resolución 17 agosto 2010 (BOE 270, 8-XI-10: 17182)

Deniega la práctica de un asiento de presentación causado por una instancia privada en la que se solicita la anulación de una anotación preventiva vigente. Razones: no estamos ante una de las excepciones legales a la exigencia de titulación pública (art. 3 LH); la modificación de un asiento ya practicado exige consentimiento del titular o resolución judicial (art. 40 LH); y debe ser decretada por el mismo órgano que adoptó la anotación.

DE EMBARGO

Resolución 17 agosto 2010 (BOE 270, 8-XI-10: 17182)

Admite la práctica de una anotación de embargo ordenada judicialmente sobre una finca ganancial, a instancias de un cónyuge como embargante por un crédito privativo, contra el

otro cónyuge como embargado. Ni del Registro ni del mandamiento de embargo resulta la disolución de la sociedad de gananciales. Vigente la comunidad, es posible el embargo de finca ganancial siempre que medie notificación al cónyuge no embargado (artículo 144-1 RH), lo cual en el caso resuelto no es necesario, por ser precisamente éste quien solicita el embargo.

[Solución que contrasta con la de R. 16 enero 2009 (BOE 36, 11-II-09: 2352), por referirse ésta a un caso similar pero con una diferencia esencial: los cónyuges se encuentran separados judicialmente, si bien la sociedad conyugal no se ha liquidado respecto de esta finca. La Dirección rechazó la práctica de una anotación de embargo sobre una mitad indivisa de la misma, siendo embargante la esposa, por una deuda privativa, y embargado el marido. Al no haberse liquidado la sociedad de gananciales (cuya naturaleza es la de comunidad germánica sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras no se extinga), no corresponde a cada cónyuge individualmente una cuota indivisa en cada uno de los bienes que la integran; sólo tras la liquidación, la cuota sobre el todo cederá su lugar a titularidades concretas].

Resolución 21 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17506)

Admite la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de finca inscrita a nombre del deudor; y la deniega en cuanto a la mitad indivisa inscrita a nombre de un tercero, por falta de tracto sucesivo (art. 20 LH)

Nota: Las apostillas entre corchetes [...] no proceden de la resolución extractada, sino que se trata sólo de comentarios u observaciones del autor de estos resúmenes.



Resoluciones

Resolución 23 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17508)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre una finca inscrita a nombre de persona distinta de aquella contra la que se dirigió el procedimiento. No es obstáculo a lo anterior que la titular sea fiadora y socia única de la sociedad ejecutada (lo que hubiese procedido es demandarla en tales conceptos).

CANCELACIÓN

Resolución 29 octubre 2010 (BOE 287, 27-XI-10: 18238)

La cancelación es un asiento accesorio de otro principal, la cual declara total o parcialmente extinguido. Así, se deniega la cancelación de una condición resolutoria por no haberse llegado a inscribir ésta en su día.

CONCURSO

Resolución 24 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17509)

Deniega una anotación preventiva de concurso, cuyo auto declara en tal situación a una sociedad conyugal, cuando lo cierto es que las sociedades conyugales carecen de personalidad jurídica.

La Ley Concursal permite que, una vez declarados en concurso ambos cónyuges, se acumulen ambos procedimientos (art. 25-3 LC); y que, en caso de concurso necesario y siempre que haya confusión de patrimonios entre los deudores, se soliciten conjuntamente ambos concursos desde el inicio (art. 3-5 LC). La práctica judicial interpreta extensivamente estas reglas y permite la declaración conjunta del concurso –necesario o voluntario– de ambos cónyuges, pero siempre que exista verdadera confusión de patrimonios. En el caso resuelto, haría falta que el Juzgado manifestase inequívocamente que estamos ante un caso de concurso conjunto de ambos cónyuges.

COSTAS

Resolución 18 agosto 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17505)

Para inscribir una escritura de transmisión de finca que pueda invadir zona marítimo-terrestre hace falta la certificación de la Administración del Estado prevista en los artículos 31-1 y 35 del Reglamento de Costas. En ocasiones anteriores (R. 16 junio 1998, R. 14 enero 2000, R. 21 febrero 2002) la Dirección había interpretado que tal certificación se exigía sólo para inmatriculaciones y excesos de cabida (como se desprende de los artículos 15 y 16 de la Ley de Costas). Pero hoy el Tribunal Supremo (Ss de lo Contencioso, de 16 de octubre de 1996 y 27 mayo 1998) extiende esta exigencia a todas las transmisiones.

[Reitera la doctrina de R. 6 octubre 2008 (BOE 269, 7-XI-08: 17943)].

Resolución 10 noviembre 2010 (BOE 302, 13-XII-10: 19194)

En general, el deslinde (también el administrativo) es una facultad del dominio que sirve para resolver una cuestión de límites entre las fincas, y desenvuelve su eficacia en el ámbito estrictamente

posesorio, lo cual excluye su calificación como título declarativo de dominio. Pero como excepción, el artículo 13 de la Ley de Costas de 1988 establece que el deslinde administrativo en zona marítimo-terrestre declara la posesión y la propiedad a favor del Estado, sin que las inscripciones en el Registro de la Propiedad prevalezcan frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados, siendo la resolución de aprobación del deslinde título suficiente para rectificar las situaciones registrales contradictorias con el deslinde.

Por ello, en el supuesto resuelto, la Dirección declara inscribible a favor del Estado, en virtud de la Orden Ministerial que aprueba el deslinde de una zona de dominio público marítimo terrestre, una finca que aparece inscrita a favor de un particular.

HIPOTECA

Resolución 1 octubre 2010 (BOE 270, 8-XI-10: 17184)

Modifica la doctrina anterior de la Dirección sobre ámbito de la calificación registral en las hipotecas, tras la Ley 41/2007 (art. 12-2 LH), ampliándola en consideración a otros principios que rigen el mercado hipotecario (protección de consumidores y usuarios; extensión a notarios y registradores de la obligación que toda autoridad estatal tiene de facilitar el resultado previsto en las Directivas comunitarias; S TS 16 diciembre 2009, que reitera el papel activo del Registrador frente a una cláusula abusiva; posibilidad de que las cláusulas de vencimiento anticipado puedan legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria).

Así, la Dirección declara que las cláusulas financieras sin trascendencia real [respecto de las cuales hasta ahora se decía que sólo se inscribían pero no se calificaban] sí que son objeto de calificación registral, si bien modalizada en su extensión, rechazando: aquéllas declaradas nulas por sentencia firme; y aquéllas cuyo carácter abusivo pueda ser declarado por el Registrador subsumiendo automáticamente el supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos, sin poder entrar en el análisis de otras cuya abusividad dependa de conceptos indeterminados o inciertos (como el principio general de buena fe o el desequilibrio de las prestaciones), cuya declaración de abusividad requeriría sentencia.

La operación calificada en el supuesto resuelto es un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, cuyo saldo al cierre de la cuenta se garantiza con hipoteca de máximo en su modalidad de hipoteca inversa. Respecto de ella, la Dirección dice lo siguiente:

- No procede exigir la entrega del capital, pues se trata de un crédito (contrato consensual y bilateral), y no de un préstamo (real y unilateral).
- Los intereses devengados se pueden acumular al capital. La hipoteca inversa es una excepción (prevista en la adicional 1ª-6 de la Ley 41/2007) a la aplicación del límite de 5 años de intereses reclamables en perjuicio de terceros que establece el artículo 114-2 LH. En cuanto a la regla del art. 114-1 LH de que, salvo pacto, la hipoteca sólo asegura en perjuicio de tercero los intereses de los dos últimos años, la Dirección entiende que sólo se aplica a la hipoteca inversa si así resulta de los términos del contrato. Además, al crédito en cuenta corriente, no se le aplica la exigencia de determinar separadamente las responsabilidades por



principal e intereses, de modo que éstos sólo puedan reclamarse en cuanto tales, dentro de los límites legales y convencionales, pero nunca englobados en el capital (principio de especialidad), sino que cabe configurarlos como una partida más de cargo en la cuenta, cuyo saldo final es lo que garantiza la hipoteca.

- No es inscribible la cláusula de vencimiento anticipado que prohíbe al deudor vender la finca hipotecada, gravarla o arrendarla, pues infringe los artículos 27 y 107-3 LH, y ha sido declarada abusiva en S TS 16 diciembre 2009 (en el caso del arrendamiento sí es admisible la cláusula cuando se refiere sólo a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, que son los de vivienda durante los primeros 5 años).
- No es inscribible la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura (rechazada también en la S TS 16 diciembre 2009), sino que debe circunscribirse a obligaciones de especial relevancia.
- No es inscribible la cláusula que establece una comisión de amortización anticipada del 5%, por exceder del límite permitido en los artículos 7 a 9 L 41/2007.
- No es cláusula financiera (y por tanto no es calificable) la concesión por el deudor de poder irrevocable al acreedor para subsanar los defectos que impidan la inscripción, incluso en caso de autocontratación.

Resolución 4 noviembre 2010 (BOE 317, 30-XII-10: 20105)

Supuesto similar, mismas partes en recurso y doctrina idéntica a la resolución anterior.

IDENTIFICACIÓN DE COMPARECIENTES

Resolución 18 octubre 2010 (BOE 282, 22-XI-10: 17915)

En el título previo, el comprador tenía nacionalidad ecuatoriana y fue identificado por su Tarjeta de Residencia y NIE. Ahora, la Dirección admite la inscripción de una escritura de dación en pago en la que se identifica al cedente por su DNI y se hace constar que adquirió la nacionalidad española, lo cual se acredita por certificación del Registro Civil –cuyo testimonio se une– en la que figuran los datos de fecha y lugar de nacimiento y nombre de los padres. El notario declara que identifica a los otorgantes en la forma prevenida en el artículo 23-c RN.

La identificación de los comparecientes corresponde, bajo su responsabilidad, al Notario, quien debe usar los medios legales y reglamentarios, y cuyo juicio de identidad queda amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación por vía judicial. El Registrador sólo puede comprobar que la identidad así determinada coincide con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro; y sólo podrá oponerse en caso de que la discordancia que tenga suficiente consistencia.

OBRA NUEVA

Resolución 11 noviembre 2010 (BOE 296, 6-XII-10: 18811)

Inscrita la declaración de una vivienda sin constitución de seguro decenal por constar en el Registro que se trata de autopromoción de

una única vivienda para uso propio, es obligatorio acreditar documentalmente dicho uso en el momento de su transmisión posterior si se pretende seguir sin constituirlo por exoneración del adquirente. Así lo exige la adicional segunda de la LOE, tras la redacción dada por L 53/2002. En el momento de inscribir la obra nueva el requisito del uso propio será un hecho futuro, por lo cual es admisible su acreditación a efectos registrales mediante mera manifestación del promotor, siempre que no quede desvirtuada por ningún otro elemento documental (como en el supuesto de la R. 9 mayo 2007, en que la licencia municipal no se refería a vivienda unifamiliar). Pero la mera manifestación del promotor es insuficiente como medio de prueba del uso propio al tiempo de la enajenación, requiriéndose prueba documental adecuada, como acta de notoriedad, certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba equivalente admitido en Derecho.

PARCELACIONES

Resolución 27 octubre 2010 (BOE 287, 27-XI-10: 18237)

La Dirección, aunque dice no abandonar su doctrina favorable a la inscripción de parcelaciones cuya licencia o declaración de innecesariedad se adquiere por silencio positivo, la restringe notablemente a la luz de la STS (3ª) 28 enero 2009, la cual considera norma estatal básica la que prohíbe la adquisición por silencio de licencias contrarias a la ordenación territorial o urbanística (art. 242-6 LS-1992 y art. 8-1-b LS-2008), sin que esto contradiga la regla general de silencio positivo del art. 43 LRJAP-PAC, pues esta norma permite previsión en contra por otra Ley.

En el supuesto resuelto, la Dirección aplica esta doctrina y deniega la inscripción de una escritura de segregación cuya declaración de innecesariedad se pretende adquirida por silencio, sobre la base del artículo 68-2 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, que dispone la nulidad de las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. Además tiene en cuenta un informe municipal en el que se afirma la existencia de indicios de parcelación ilegal.

PODER

Resolución 16 octubre 2010 (BOE 282, 22-XI-10: 17914)

Declara inscribible en el Registro Mercantil una escritura de apoderamiento en la cual el domicilio de todos los apoderados se fija en determinadas oficinas del Aeropuerto de Gran Canaria, pero añadiendo, respecto de algunos apoderados, que tal Aeropuerto se halla en Telde y, respecto de otros, que en Las Palmas de Gran Canaria. En Gran Canaria hay un solo aeropuerto y es notorio que se halla en término de Telde. Se trata de un error material irrelevante que no debe impedir la inscripción.

Resolución 2 diciembre 2010 (BOE 308, 20-XII-10: 19533)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa, porque aunque el Notario ha reseñado debidamente el poder del que nace la representación invocada, al emitir el juicio de suficiencia de facultades representativas, emplea una expresión genérica (“facultades representativas suficientes para formalizar la presente escritura”), y no un juicio de suficiencia de las mismas expreso, concreto y coherente con el negocio documentado, imprescindible para que el



Resoluciones

Registrador pueda calificar la congruencia del dicho juicio con el contenido del título.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Resolución 30 octubre 2010 (BOE 283, 23-XI-10: 18044)

Se presentan al Registro sucesivamente: 1) copia telemática de una cancelación de hipoteca; 2) solicitud de retirada de la misma, hecha en papel por la entidad acreedora; 3) copia telemática de rectificación que deja sin efecto la cancelación; 4) copia en papel de la cancelación inicial aportada por distinto presentante, con la que se pretende la reviviscencia del procedimiento con despacho del asiento de presentación inicial.

La Dirección entiende que en general, una presentación telemática no impide la retirada a solicitud del otorgante, manteniéndose vigente el asiento de presentación. Pero en este caso resuelve no procede la reviviscencia pretendida, porque la rectificación desvirtuadora del título inicial se ha presentado antes que la copia en papel del mismo, y porque el presentante de ésta es distinto del inicial y no ha sido autorizado por éste.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución 27 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17510)

Es inscribible el acuerdo de los cónyuges, aprobado judicialmente, en procedimiento de liquidación del régimen económico de gananciales, en los términos del artículo 810 LEC. Es un acto que se perfecciona enteramente en la esfera judicial y que por tanto, es título inscribible a los efectos del artículo 3 LH, al igual que lo es el convenio regulador aprobado judicialmente. El acuerdo del artículo 810 Lec está pensado para un procedimiento específico de liquidación del régimen conyugal, mientras que el convenio regulador está pensado para los procedimientos de separación y divorcio.

Resolución 28 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17511)

Rechaza la inscripción de una escritura de afectación a las cargas del matrimonio, de unas fincas privativas del marido, otorgada por ambos cónyuges por afectar a la vivienda familiar. La afectación pretendida no es la que puede ordenar el Juez en la vía del artículo 103-5 Cc (como una de las medidas provisionales por demanda de separación, nulidad o divorcio, el Juez puede determinar el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que, por capitulaciones o escritura pública, estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio). Hubiese podido inscribirse una garantía real expresa, una transmisión dotal entre los patrimonios de los cónyuges, o una aportación a la sociedad de gananciales. Pero lo que se pretende es una afectación previa a la determinación judicial, cuya inscripción es rechazada por la Dirección. Sólo podrá tener trascendencia real cuando, en ejecución de la deuda, se decretase en embargo.

La afectación pretendida podría implicar una alteración del régimen de prelación de créditos, al crear un patrimonio separado del patrimonio personal del dueño, especialmente afecto a deudas no contraídas por él, lo cual sólo cabe mediante previsión legal expresa. Así ocurre con la posibilidad prevista en el Código de comercio, de

consentimiento del cónyuge no comerciante para que sus bienes propios queden vinculados al ejercicio del comercio por el otro (que se inscribe en el Registro Mercantil, por no resultar adecuado a este fin el de la Propiedad).

Resolución 4 octubre 2010 (BOE 282, 22-XI-10: 17912)

Deniega una anotación preventiva de embargo en procedimiento seguido contra un cónyuge y notificado el otro, siendo que los bienes constan inscritos como privativos por confesión a nombre del cónyuge no demandado. La confesión de privatividad no es una declaración de voluntad que fija frente a todos el carácter privativo, sino un mero medio de prueba sin virtualidad para desvirtuar por sí solo la presunción de ganancialidad. Pero tampoco se trata de un bien inequívocamente ganancial, ya que los cónyuges han manifestado y publicado lo contrario, por lo cual no es de aplicación el artículo 1373 Cc (que permitiría la mera notificación al cónyuge no deudor para embargar bienes gananciales por deudas propias del otro cónyuge). Por ello el art. 95-4 RH no exige que estos bienes sean calificados en el asiento como privativos o gananciales, sino que se limita a ordenar la inscripción a nombre del cónyuge favorecido por la confesión con expresión de esta circunstancia. Para la anotación pretendida lo correcto es demandar a ambos cónyuges, en la línea del artículo 144-2 RH, que para anotar el embargo de estos bienes, exige haber dirigido la demanda contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el deudor.

Resolución 19 octubre 2010 (BOE 282, 22-XI-10: 17916)

Es doctrina consolidada la admisión de cualquier desplazamiento patrimonial entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que se produzcan por un medio legítimo (y entre ellos está la aportación a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente) y consten todos los elementos constitutivos de la aportación y, entre ellos, que se exprese o deduzca del título la causa, bastando mencionar su onerosidad o gratuidad.

La aportación a gananciales tiene virtualidad inmatriculadora, pues comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo a la masa ganancial, que es un patrimonio colectivo separado con un régimen propio de gestión y disposición. Las Resoluciones que han denegado la inmatriculación mediante aportación, han apreciado la creación de una documentación artificial "ad hoc" a estos efectos, circunstancia que no puede apreciarse en el presente caso de aportación precedida de acta de notoriedad.

SOCIEDADES

Resolución 22 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17507)

Cuando una persona jurídica es nombrada administradora de una SL o SA, la designación de la persona física que ejerza las funciones del cargo, es un acto social interno de la persona jurídica administradora, que no puede ser realizado por nadie más (como por ejemplo, la sociedad que provee al nombramiento de administrador).

Así, la Dirección suspende la inscripción de la constitución de una SL (A), uno de cuyos socios es otra SL (B) administrada por una tercera SL (C), que a su vez es nombrada ahora administradora man-



comunada de la sociedad que se constituye (A). El defecto consiste en que la designación de la persona física representante de C para ejercer el cargo de administradora en A, se ha realizado por la persona física que fue nombrada representante de C únicamente para ejercer el cargo de administrador en la sociedad constituyente, B. Tal designación es un acto social interno que compete a la persona jurídica nombrada administradora (C) a través de sus órganos o representantes.

Resolución 22 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17507)

Se refiere a una elevación a público de acuerdos sociales sobre dimisión de los dos administradores solidarios, cambio a administrador único, y nombramiento como tal de quien era ya uno de los dos administradores solidarios. La Dirección resuelve que no procede practicar a éste la notificación fehaciente del artículo 111 RRM, por reunir en su persona las condiciones de persona inscrita y titular de la anterior facultad certificante (carecería de sentido que se notificase a sí mismo).

Resolución 15 octubre 2010 (BOE 282, 22-XI-10: 17913)

Deniega la inscripción de una constitución de SA formada por dos socios, uno de los cuales es una Diputación Provincial, que suscribe acciones representativas del 34% del capital social, por rechazar las siguientes cláusulas estatutarias:

- Inclusión en el objeto social de los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades que lo integran. Vulnera el art. 117-2 RRM.

Por contra no es defecto incluir, tras la enumeración de actividades del objeto, “en general, la realización de cualesquiera actividades directamente complementarias de las anteriores”. La R. 1 septiembre 1993 dijo que una frase así no vulnera el art. 117 RRM, si las actividades principales han sido antes delimitadas fijando claramente el ámbito de la actividad social (R. 23 septiembre 2008).

- Previsión de que, de los cinco miembros del Consejo de Administración, tres lo sean a propuesta del capital privado, y dos a propuesta de la Diputación Provincial, lo cual contraviene la regla del sistema proporcional del art. 137 LSA.
- Cese anticipado de los consejeros en caso de expiración del mandato corporativo. No se dice si esto se aplica a todos los consejeros, o sólo a los nombrados por la Diputación (infringe las exigencias de claridad y precisión).
- Disolución por resolución unilateral por la Diputación del contrato de gestión de servicios públicos. Una cosa es el contrato administrativo y otra la sociedad que crea una nueva persona jurídica con vocación de permanencia. La disolución por causa estatutaria exige siempre acuerdo de Junta o en su defecto autorización judicial (art. 262 LSA).
- Reversión a la Diputación, en caso de liquidación, de las obras e instalaciones afectas a los servicios públicos integrantes del objeto social. Vulnera el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc), y la prohibición de reparto del patrimonio social sin antes haber pagado o consignado a los acreedores sociales, debiendo distribuir el activo resultante entre los socios

en proporción al nominal de sus acciones, en defecto de otra previsión estatutaria (art. 277 LSA).

Resolución 3 noviembre 2010 (BOE 282, 22-XI-10: 17918)

En el orden del día de una Junta convocada a solicitud de un socio titular del 16'20% del capital de la SL y con presencia de Notario, se omitió la inclusión de un asunto incluido expresamente en la solicitud del socio (autorización a cualquier socio para realizar a su costa una auditoría). En la Junta se acordó también la sustitución del administrador por uno nuevo, que aceptó. Se debate ahora sobre la inscribibilidad del cambio de administrador. La Dirección entiende que el artículo 45-3 LSL [hoy 68 LSC] no prevé que la omisión de un asunto solicitado por el socio minoritario implique la nulidad de cualesquiera acuerdos adoptados por la Junta, a falta de una norma como la del art. 97-4 LSA [hoy 172-2 LSC].

Resolución 2 noviembre 2010 (BOE 283, 23-XI-10: 18045)

Se refiere una cláusula estatutaria de una SL, que crea “un derecho de salida del socio”, por el cual éste puede vender sus participaciones a la sociedad, dentro unos límites fijados anualmente, que queda obligada a comprarlas para amortizarlas. Lo que se discute es el establecimiento de unas reglas de valoración de las participaciones a estos efectos, distintas a las del artículo 100 LSL sobre derecho de separación. Esta cláusula es inscribible, pues no rebasa los límites de la autonomía de voluntad (arts 1255 y 1258 Cc) y tiene claro apoyo en el artículo 175-2-b RRM, que permite inscribir el pacto unánime de los socios sobre criterios de valoración razonable en caso de transmisión de participaciones *inter vivos*, *mortis causa* o por obligación impuesta en virtud de circunstancias claramente previstas en estatutos (art. 188 RRM).

Resolución 25 octubre 2010 (BOE 287, 27-XI-10: 18235)

En el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no sólo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúen la impresión de tratarse de la misma denominación (art. 408 RRM). El fin último de la prohibición es identificar con seguridad al sujeto.

En virtud de tales consideraciones, la Dirección aprecia identidad entre las denominaciones ya registradas “SA RACC” y “RAC SL”, con la que ahora se pretende adoptar: “RACC Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA”. La referencia a seguros carece de virtualidad diferenciadora. La autorización dada por el Real Automóvil Club de Cataluña salva el obstáculo de la coincidencia con la marca que dicha entidad tiene registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas, pero es algo irrelevante a efectos de denominación social.

Resolución 26 octubre 2010 (BOE 287, 27-XI-10: 18236)

Sobre los mismos argumentos que la anterior resolución, la Dirección aprecia identidad entre las denominaciones ya registradas “GC SA” y “GECE SL”, con la que ahora se pretende adoptar: “GC Ibérica SL”. La referencia “ibérica” carece de virtualidad diferenciadora.



Resoluciones

SUCESIONES

Resolución 29 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17512)

El testador: desheredó a todos sus hijos; y distribuyó toda la herencia en legados de parte alícuota entre no legitimarios. Ahora se plantea si, para inscribir la escritura de adjudicación de herencia otorgada sólo por los legatarios, basta con que éstos afirmen que desconocen la existencia de eventuales descendientes de los desheredados (que conservarían el derecho a la legítima, ex art. 857 Cc), o si hace falta acreditar su ausencia.

La Dirección remite a su doctrina sobre innecesariedad de probar hechos negativos:

- Premuerto un legitimario, no hace falta justificar que haya dejado descendientes con derecho a la legítima (R. 3 marzo 1912).
- El nombrado heredero o legatario en testamento no tiene que acreditar la ausencia de herederos forzosos (o de otros herederos forzosos si el instituido también lo es).

- Inicialmente esta doctrina se aplicaba a los casos en que unos herederos eran designados nominalmente y otros cautelarmente o por circunstancias. Pero la R. 26 junio 1901 la extendió también al caso de designación hecha sólo por circunstancias; eso sí, siempre que los otorgantes de la herencia acreditaran estar incluidos en el llamamiento.
- La posibilidad de acta de notoriedad para determinar los sustitutos no designados nominativamente, ex art. 82 RH, no tiene por qué extenderse a casos distintos de los contemplados en tal precepto.

Resolución 30 septiembre 2010 (BOE 276, 15-XI-10: 17513)

Admite la inscripción de una adjudicación parcial de herencia sin que conste que los herederos hayan satisfecho previamente un legado en metálico ordenado por el testador.

No hay exigencia legal de que la entrega del legado de cantidad se haga antes de la partición. La garantía legal prevista para este legado es la anotación preventiva sobre todos los bienes heredados (con reserva de rango durante 180 días) o sobre los que subsistan en poder del heredero.

Reseña de las principales Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas en el cuarto trimestre de 2010

Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

INEFICACIA DE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA POR DIVORCIO SOBREVENIDO DEL TESTADOR

La ineficacia de la disposición testamentaria hecha a favor del cónyuge, causada por el posterior divorcio, no comporta la ineficacia de las disposiciones a favor de los parientes del cónyuge

Resolución de 17 de setiembre de 2010 (DOGC 11 de octubre de 2010)

Resumen: El testador, muerto en 2010, había declarado heredera a su esposa a quien sustituía vulgarmente por los nietos del testador y por los nietos de su esposa, que no son nietos comunes ya que son descendientes de sus respectivas relaciones anteriores. Tras otorgar el testamento, el testador se divorció de su esposa, pero no modificó el testamento. En el momento de su defunción, que sucedió un año más tarde del divorcio, se otorga un acta de declaración

de herederos ab intestato en la que la notaria autorizante hace constar que el testamento otorgado por el causante es ineficaz conforme al art. 422.13 CCCat, y que la sustitución vulgar dispuesta por el causante no es de aplicación porque solo se estableció en el supuesto de que el primer instituido no quisiera o no pudiera heredar. Considera que no se puede aplicar la substitución vulgar, ya que la ineficacia de la institución de heredero afecta a toda la cláusula de institución de heredero, lo cual incluye la sustitución vulgar. Por lo tanto, declara herederos ab intestato a los hijos del causante.

En cambio, la registradora considera que, por aplicación del principio de conservación del testamento, la ineficacia sobrevenida del llamamiento a favor del primer instituido hace que obre la sustitución vulgar a favor del llamado en segundo lugar. Argumenta a favor de su nota el principio favor testamenti recogido en el art. 422-5, que establece: *La nulidad de cualquier disposición testamentaria no determina la nulidad total del testamento en que se ha ordenado, excepto que resulte de su contenido que el testador no habría ordenado*



las disposiciones válidas sin la disposición nula. Y aduce que en el art. 425.1 la expresión no poder o no querer heredar puede incluir otros supuestos determinados de la imposibilidad de heredar, como el que resulta de la situación de crisis matrimonial, ya que la sustitución vulgar produce sus efectos si se frustra el primer llamamiento, frustración que también se produce en el caso que nos ocupa. Por otro lado, declara que la interpretación de cuál sería la voluntad del testador de haber conocido la situación de divorcio no la puede hacer la notaria. Por lo tanto, según su criterio, deberían heredar los nietos del testador y los nietos de su exmujer.

La DGDEJ confirma la nota de la registradora. En primer lugar evoca el art. 422.13, que establece la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o pareja si con posterioridad se produce una ruptura de dicho matrimonio o pareja, justificada en la presunción de que la voluntad del causante sería diferente de haber conocido la situación de crisis matrimonial o de ruptura de la pareja. Sin embargo, el legislador ha limitado este efecto solo a las disposiciones a favor del cónyuge o pareja, sin que se extienda a las disposiciones a favor de otras personas aun en el caso de que tengan relaciones de parentesco con el excónyuge o la expareja. Pero esta ineficacia no impide la aplicación de la sustitución vulgar, cuya fuerza expansiva ya declaró la RDGDEJ de 28 de noviembre de 2006. Considera la DG que el divorcio entre el causante y la heredera es un claro supuesto de aplicación de la sustitución vulgar: el primer heredero no puede serlo porque no puede. Además, el principio de mantenimiento del testamento del art. 422.5 justifica la subsistencia de la sustitución vulgar establecida en el testamento. Y en lo que respecta a la interpretación de la voluntad del testador, no se puede presumir que hubiera preferido la ineficacia total del testamento ya que el hecho de que haya previsto la sustitución vulgar conduce a la conclusión contraria.

Comentario: La ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge o de la pareja estable en caso de crisis matrimonial o ruptura de la convivencia es, juntamente con la preterición errónea, el ejemplo más claro de integración legal de la voluntad del testador con las circunstancias sobrevenidas no previstas por este en el testamento. Ahora bien, el art. 422-13, al declarar ineficaz el llamamiento a favor del cónyuge divorciado, no declara también ineficaz el llamamiento a favor de los parientes de éste. La cuestión, que la DGDEJ no se plantea, es si el legislador no ha querido hacerlo o si, según me parece, no ha previsto, en el momento del testamento, que el testador puede haber hecho alguna disposición a favor de los parientes de su cónyuge o pareja. Si así fuera, deberíamos “integrar” también la voluntad del legislador, y la mejor manera de hacerlo sería mediante la analogía (preferible a la integración sin base legal ni testamentaria, que no es aceptada por la doctrina mayoritaria).

El fundamento de la interpretación analógica sería que si la esposa del testador es inhábil para heredar, también lo deberían ser las personas a las que el testador realiza alguna atribución en consideración a su relación con aquella y que esta motivación debería presumirse para los parientes de ésta. Y la base legal para aplicar la analogía sería el art. 431-17.2, que en el momento de pactos sucesorios, establece que “...las herencias o las atribuciones particulares hechas a favor del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja, o de los parientes de estos, son ineficaces en los supuestos que regula el artículo 422-13.1 y 2, excepto si se ha acordado lo contrario o esto resulta del contexto del pacto”. Francamente, no veo ninguna

justificación para establecer un régimen diferente en relación con los parientes del excónyuge o expareja en función de si la sucesión es testamentaria o contractual; incluso diría que la ineficacia debería ser más presumible en la sucesión testamentaria que en la contractual ya que en esta hay una vinculación que no existe en aquella. El legislador, en ambos casos, presume que la voluntad del causante está motivada en la relación de convivencia que mantiene con la persona beneficiaria de su disposición y que la ruptura de la convivencia rompe también esa voluntad. Por lo tanto, si se considera determinante que la atribución del causante se ha hecho en consideración a la relación de convivencia, sería lógico también considerar determinante que la atribución a favor de los parientes del conviviente se ha hecho con la misma consideración. Es decir, hemos de considerar que la disposición a favor de los parientes de la esposa es la consecuencia de la relación de convivencia que mantiene con su esposa. Es poco verosímil que el legislador haya querido otra cosa en el caso de la sucesión testada cuando incluso lo ha previsto en el caso de la sucesión contractual. Por lo tanto creo que es obligada la interpretación analógica del art. 422-13 en relación con el art. 431-17.2, además de la interpretación teleológica de aquel precepto.

Llegados a este punto, hemos de examinar si la ineficacia de los llamamientos citados arrastra la de la sustitución vulgar prevista por el testador y comporta, por lo tanto, la ineficacia del testamento y la apertura de la sucesión intestada. Sucedería de este modo si la sustitución vulgar fuera una cláusula accesorio de la que hace el primer llamamiento, de modo que se pudiera presumir que el testador no hubiera dispuesto una sin la otra. Pero nada más lejos de la naturaleza jurídica de la sustitución vulgar, cuya función no es la de complementar el primer llamamiento, sino sustituirlo para el caso en que no sea efectivo. La ineficacia del primer llamamiento no solamente no comporta la del segundo sino más bien todo lo contrario, le confiere la eficacia. En el caso que nos ocupa, nada parece indicar que el testador hubiera preferido que no heredaran sus propios nietos si no heredaba su mujer, no parece que una cláusula estuviera vinculada a la otra. Por lo tanto, definiendo la validez del llamamiento a favor de los nietos como herederos únicos, los cuales son llamados en la cuota de los otros nietos por derecho de acrecer, sin necesidad de abrir la sucesión intestada y de nombrar herederos a unas personas, los hijos del testador, a los que este ha preferido no hacer ninguna atribución en su testamento.

La doctrina de esta resolución se reitera en la RDGDEJ de 26 de noviembre de 2010 (DOGC 4 de enero de 2011). Aunque la redacción del texto difiere entre las dos resoluciones, en realidad es el mismo supuesto de facto, aunque afectando a bienes en otro Registro de la Propiedad, por lo que doy por reproducido el resumen y el comentario efectuados supra.

DERECHO DE TRANSMISIÓN Y SUSTITUCIÓN VULGAR

El derecho de transmisión es preferente a la sustitución vulgar, si del testamento no resulta claramente que sea otra la voluntad del testador

Resolución de 31 de mayo de 2010 (DOGC 18 de octubre de 2010)

Resumen: La causante falleció en 1998 nombrando herederas a tres personas sustituidas vulgarmente por sus respectivos herederos



Resoluciones

por estirpes. Uno de sus herederos falleció después de la testadora, sin aceptar ni repudiar la herencia. La escritura de aceptación de la herencia es otorgada por los dos herederos vivos y por los hijos del heredero difunto. El registrador de la propiedad considera que al morir el heredero sin aceptar ni repudiar, el derecho a hacerlo pasa a sus herederos, por derecho de transmisión, y no a sus hijos sustitutos vulgares, como pretenden los recurrentes.

La DGDEJ confirma la nota de calificación. Se basa en el art. 29 CS que, al igual que el actual art. 461-13 CCCat, dice que “muerto el llamado sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante su aceptación y el de repudiar son transmitidos siempre a sus herederos”, recalcando que el adverbio *siempre* denota de manera clara el carácter imperativo de la transmisión, lo cual impide la aplicación de la sustitución vulgar por no haber quedado frustrado el primer llamamiento. La excepción es que sea otra la voluntad del testador, voluntad que ha de quedar expresada de manera clara; en el caso que nos ocupa, el testador se limita a disponer una sustitución vulgar a favor de los descendientes de los herederos instituidos, lo cual no permite deducir que la voluntad de la causante era excluir el derecho de transmisión. Para evitar el juego del derecho de transmisión, la causante debería haber podido establecer un fideicomiso, cosa que no hizo. Por otro lado, no se puede acreditar que el primer instituido no aceptó la herencia, ya que la podía haber aceptado tácitamente, cosa imposible dentro del procedimiento registral por la dificultad de probar hechos negativos.

Comentario: La cuestión de la preferencia entre el derecho de transmisión y la sustitución vulgar ya fue objeto de la RDGDEJ de 25 de noviembre de 2005, que resolvió en el mismo sentido que la que comentamos en un supuesto de facto regido por la CDCC, siguiendo el criterio casi unánime de la doctrina. Una de las escasas opiniones en contra es la de nuestro compañero Adolfo CALATAYUD (*Comentarios al CS*, 1994, pág. 661), que considera que la preferencia por la sustitución vulgar se ajusta más a la voluntad del testador. Si eso es cierto, la consecuencia es preocupante ya que significa que la inmensa mayoría de los notarios catalanes estamos haciendo mal los testamentos, con la creencia errónea de que el testador prefiere que herede el sustituto vulgar antes que los herederos de su heredero (o del legatario o del fiduciario). Quizás es verdad y al testador le es indiferente si su heredero muere antes que él o no. Pero, por mi experiencia profesional, creo que no es verdad, creo que la mayoría de las personas quieren que si el heredero sobrevive al testador se considere como tal heredero si no renuncia, sin necesidad de una aceptación expresa y que sea libre de disponer de los bienes heredados como crea oportuno. Considero que lo que realmente le es indiferente al testador es si aceptará de forma expresa o tácita y que la doctrina mayoritaria hará bien en dar preferencia al derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar y se evite de esta forma que se tome la aceptación tácita (mayoritaria en la práctica en defecto de la aceptación expresa) como una renuncia. También sabemos los notarios que el testador prefiere normalmente que si su hijo fallece antes que él, le sustituyan sus nietos. Quizá cueste entender esta solución, como dice CALATAYUD, en el caso de que el heredero fallezca antes que el testador con poca diferencia de tiempo, ya que dependerá de pocos días que los llamados sean unos u otros; pero creo que se ve mejor cuando el heredero fallece antes que el testador con más diferencia de tiempo y, sobre todo, en la gran mayoría de los casos, por los motivos que he comentado, concuerda mejor con la voluntad del testador.

DONACIONES CON FIDEICOMISO

A las donaciones con fideicomiso condicionado a la muerte del donatario, el fideicomiso se puede suprimir por acuerdo de donante y donatario sin necesidad del consentimiento de los fideicomisarios

Resolución de 16 de setiembre de 2010 (DOGC 18 de octubre de 2010)

Resumen: En 1997 se otorgó una escritura de donación en la que los donantes imponían a su hijo donatario una prohibición de disponer por actos inter vivos o por causa de muerte, y le sustituían expresamente en forma fideicomisaria por los hijos del donatario. En 2010 donantes y donatario otorgan una nueva escritura en la que acuerdan dejar sin efecto tanto la prohibición impuesta como la sustitución fideicomisaria, hacen constar que la donación se formalizó en concepto de anticipo de legítima y como liberalidad en el exceso y pactan que, en caso de venta de la finca, se requerirá el consentimiento expreso de los donantes.

Esta segunda escritura es calificada negativamente por el registrador de la propiedad, que considera que la donación hecha en 1997 es una donación reversional, que las donaciones reversionales se rigen por las normas de los fideicomisos de conformidad con el art. 531-19.6 CCCat y que, en definitiva, según el art. 426-41.1, para la disposición de fincas gravadas con fideicomiso se precisa del consentimiento de los fideicomisarios. Añade que en el caso que nos ocupa, los fideicomisarios han adquirido esta calidad en el mismo momento en que se perfecciona la donación.

La notaria autorizante interpone recurso gubernativo y alega que la donación no es reversional sino una simple donación inter vivos del art. 531-7 con sustitución fideicomisaria; que los fideicomisarios adquieren esta condición en el momento de la defunción de los donantes o del donatario y que, por lo tanto, su consentimiento para la modificación de la donación únicamente habría sido necesario de haberse producido la defunción de unos o del otro; y que, de acuerdo con el art. 621 CC, las donaciones inter vivos se rigen por las normas generales de los contratos, según las cuales cualquier contrato se puede modificar por acuerdo entre las partes.

La DGDEJ, en una extensísima y compleja resolución, estima el recurso y revoca la nota de calificación. Quizá la mejor manera de resumir esta resolución es empezando por el final. La DG considera aplicable al caso que nos ocupa el art. 531-19.4, que regula la donación con cláusula de reversión a favor de persona diferente al donante, de su cónyuge o pareja estable o de sus herederos, y que dispone que mientras que no se cumpla la condición o plazo establecidos, los donantes pueden revocar o modificar la reversión ordenada a favor de terceras personas; por lo tanto, en este caso no sería necesario el consentimiento de los favorecidos por la reversión ni el del donatario.

Entonces, ¿estamos ante una donación con cláusula de reversión o ante una donación con fideicomiso? Aunque en la escritura de 1997 se configura como una donación con sustitución fideicomisaria, el hecho de que el art. 531-19.2 haya admitido la cláusula reversional a favor de personas distintas del donante o de sus herederos, hace que, según la DG, pueda ser calificada también como una donación con reversión a favor de terceros o reversión impropia (ya que, propiamente, la reversión es la recuperación del bien donado por parte



del donante o de sus herederos). En todo caso, declara la DG que el art. 531-19.4 concuerda con la doctrina clásica catalana establecida para los fideicomisos, que se había inclinado de forma prácticamente unánime por la revocabilidad de los fideicomisos contractuales, basada en el hecho de que si el fideicomisario moría antes de que la condición se cumpliera, no se transmitía nada a sus herederos, ya que el fideicomisario no adquiría nada hasta que no se cumplía la condición consistente en el fallecimiento previo del fiduciario.

En definitiva, tanto si se considera como una donación con cláusula de reversión como una donación con fideicomiso, la DGDEJ considera que estamos ante una donación sujeta a una condición suspensiva ya que los nietos solamente adquirirán la finca donada en el momento de la defunción de su padre si le sobreviven, suceso futuro e incierto que constituye una condición suspensiva. Esta naturaleza condicional de la atribución impone que la adquisición del derecho se produzca, si corresponde, en el mismo momento en que se cumpla el suceso previsto como condición, pero no antes; y que, mientras tanto, los donantes puedan revocar la cláusula reversional o suprimir la sustitución fideicomisaria impuesta al donatario.

Por otro lado, declara que el art. 531-19 CCCat, que forma parte del Libro V promulgado en 2006, es aplicable a la donación otorgada en el año 1997, en base a la DT 1.ª de la Ley 5/2006, que señala que sus disposiciones se aplican a las donaciones otorgadas antes de su entrada en vigor, por tanto con carácter retroactivo. Por consiguiente, no entiende aplicables las normas del Código Civil español en materia de contratos, como alega la notaria recurrente, teniendo en cuenta además que en el derecho civil catalán la donación no se configura como un contrato sino como un acto dispositivo de carácter unilateral.

Comentario: Independientemente del acierto de esta resolución, es una lástima desde el punto de vista doctrinal que no se resuman adecuadamente las alegaciones de las dos partes. En este caso, lo digo por la postura del registrador ya que las referencias aisladas que la resolución hace en su informe en los fundamentos de derecho dejan entrever una argumentación más amplia y sólida que la que se transcribe en la relación de hechos de la resolución.

Pasando a comentar el fondo del asunto, estoy de acuerdo con la resolución. El registrador entiende que en esta donación los fideicomisarios han adquirido algún derecho desde el momento de su otorgamiento, en concreto el derecho a recibir la finca donada en el momento de la muerte del fiduciario, y que la persona que les concedió este derecho no les puede privar del mismo. Esta solución la construye sobre la base de considerar el negocio jurídico otorgado como una donación con cláusula reversional, que la doctrina clásica califica como una donación sujeta a condición resolutoria que transfiere al beneficiario de la reversión su derecho desde el momento en que se establece, a diferencia de la donación con fideicomiso ordenado para después de la muerte del fiduciario, que se considera como sujeta a una condición suspensiva y en que el fideicomisario no adquiere ningún derecho hasta la muerte del fiduciario. Por lo tanto, la condición consistente en la muerte previa del donatario a sus hijos puede ser calificada como suspensiva o resolutoria según si se considera que la donación es con fideicomiso o con cláusula reversional.

El problema es que el art. 531-19.2, como antes hacía el art. 341, 1 CDCC (que remitía a las normas de las sustituciones fideicomisa-

rias), al permitir la reversión a favor de terceras personas posibilita que toda donación en que el donatario no puede disponer del bien donado se pueda considerar también como reversional. No obstante, el Código atribuye a estas donaciones con cláusula de reversión impropia el mismo régimen que las sujetas a condición suspensiva, al permitir en el número 4 del mismo art. 531-19 que, mientras no se cumpla la condición, el donante pueda revocar o modificar la reversión ordenada a favor de terceras personas, siguiendo de esta forma la teoría general de las estipulaciones a favor de terceros.

Una cuestión que no plantean ni el registrador ni la resolución es la validez del pacto entre donante y donatario que confiere a la donación el carácter de imputable a la legítima. Según el art. 451-8.1, el carácter imputable de la donación se ha de hacer constar expresamente en el momento en que se otorga; por lo tanto, una interpretación literal de este precepto nos llevaría a la conclusión de que es ineficaz el pacto posterior de imputación a la legítima, como es el caso que nos ocupa. No obstante, de acuerdo con el principio de libertad de contratación, creo que se puede pactar después del otorgamiento de la donación, como se puede inferir del propio art. 451-8.1 al decir que no se puede *imponer* con posterioridad.

INSTITUCIÓN EN COSA CIERTA. CONVERSIÓN DEL TESTAMENTO EN CODICILO. TESTAMENTO HOLÓGRAFO

1) La institución en cosa cierta solo atribuye el carácter de heredero universal si la cosa cierta representa una parte muy significativa del patrimonio del causante

2) El testamento nulo por falta de institución de heredero se convierte en codicilo ipso iure, sin necesidad de declaración judicial

3) La adveración judicial del testamento hológrafo solo garantiza su autoría, no el cumplimiento de los requisitos formales y materiales

Resolución de 21 de setiembre de 2010 (DOGC 18 de octubre de 2010)

Resumen: La causante, vecina de Lérida, falleció en 2009, soltera, sin descendientes ni ascendientes, con un testamento hológrafo otorgado en 1999, adverado judicialmente y protocolizado notarialmente en 2010. El testamento no contiene ni institución de heredero ni nombramiento de albacea, y la testadora, poseedora de un gran patrimonio, se limitaba a disponer de una pequeña parte de sus bienes (en concreto cinco inmuebles y pequeñas cantidades en metálico). Ese mismo año, las personas designadas en el testamento otorgan la escritura de aceptación de la herencia, inventariando hasta un total de veinticuatro inmuebles y una importante cantidad de dinero, e interpretan el testamento en el sentido que consideran que los bienes que se nombran específicamente son prelegados a favor de las personas citadas y que del resto son herederos por partes iguales. En la escritura no queda testimoniada ni la certificación de la defunción de la causante, ni la del Registro de actas de últimas voluntades, ni consta si había testamento previo ni resulta el parentesco de las personas que lo otorgan con la causante.



Resoluciones

El registrador de la propiedad denegó la inscripción por ser nulo el testamento por falta de institución de heredero y, aunque admitía que las disposiciones hechas en él pueden ser válidas como legados hechos en codicilo, los legatarios no se pueden adjudicar los bienes legados sin el consentimiento de las personas facultadas para su entrega.

La DGDEJ desestima el recurso presentado por los interesados ya que considera que no hay ninguna cláusula en el testamento que se pueda interpretar como institución de heredero o como nombramiento de albaceas universales. Ni siquiera se puede aplicar la normativa sobre los herederos instituidos en cosa cierta (contenida en los art. 138 CS y 423-3 CCCat), conforme a la cual los herederos constituidos solamente en cosa cierta, si no concurren con herederos universales, tienen este carácter, ya que la causante solo dispuso de una parte pequeña y poco significativa de su patrimonio, sin emplear el nombre de heredero ni dejar clara la voluntad de atribuir a los favorecidos la condición de sucesores en todo su derecho o en una cuota. Puesto que del testamento no resulta la voluntad de la testadora de disponer de todo su patrimonio, la DG concluye que es nulo como tal testamento por falta de institución de heredero, pero, sobre la base del *favor testamenti*, se convierte en codicilo por ministerio de la Ley, *ipso iure* y sin necesidad de declaración judicial, por lo que los herederos designados en testamento anterior o los herederos intestados, si es el caso, deberán cumplir los legados que se ordenan. Por otro lado, el hecho de que el testamento hológrafo se haya averado judicialmente solo garantiza su autría, no el cumplimiento de los requisitos del testamento, ya que el Juez no ha podido comprobar la capacidad del testador, ni su libertad en el momento de otorgar el testamento, ni siquiera el cumplimiento de los requisitos formales y materiales.

Comentario: Aunque considero que la solución de esta resolución es acertada, me gustaría hacer los siguientes comentarios:

1. En relación con las consideraciones sobre la institución en cosa cierta, creo que provocan confusión ya que en el testamento la causante no ha utilizado en ningún momento la palabra 'heredero'. En la institución en cosa cierta hay una contradicción entre el término jurídico empleado (heredero) y la atribución que le hace el causante (una cosa cierta, en lugar de la totalidad de la herencia), que resuelve el art 423-3 por la vía de considerarlo como legatario si concurre con el heredero universal o como prelegatario y heredero en caso contrario. Pero en este caso la testadora no se ha servido de la palabra 'heredero' ni, sin utilizar esta palabra, ha tenido intención de atribuir esta condición a los designados, como la establece la propia resolución, por lo cual no es aplicable la doctrina de la institución de heredero en cosa cierta. Simplemente, las atribuciones hechas se deberían de haber interpretado como simples legados.
2. En cuanto a la conversión del testamento en codicilo, declara la DGDEJ que opera "por misterio de la Ley, *ipso iure* y sin necesidad de una declaración judicial". Esta manifestación parece realmente dirigida a los notarios y a los registradores, en el sentido de que el notario puede autorizar y el registrador inscribir una escritura de aceptación de herencia de acuerdo con un testamento que en realidad se ha convertido en un codicilo complementario de un testamento anterior o de una declaración de herederos *ab intestato*. En relación con el testamento anterior, hemos de tener en cuenta que la nulidad del testamento posterior hace que este

no tenga fuerza revocatoria y que aquel sea válido, conforme a los arts. 422-4.1 y 422-9.1. Todas estas cuestiones pueden y han de ser apreciadas por los notarios sin necesidad de una declaración judicial y sin que todos los posibles afectados tengan que estar de acuerdo. Por eso, es muy importante que los notarios ejerzamos correctamente el control de legalidad.

3. En relación con la averación judicial del testamento hológrafo, el CC solo exige que el juez compruebe la autenticidad del testamento (art. 691: "...el juez... comprobará su identidad; art. 693: "Si el juez estima acreditada la identidad del testamento..."). Por lo tanto, la averación no es el procedimiento indicado para dirimir los defectos formales externos o internos que pueda tener el testamento. No obstante, coincido con Joan MARSAL GUILLAMET (citado por Josep SOLÉ FELIU, *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 237) en que el juez debería denegar la averación si el documento no contiene una verdadera declaración de última voluntad.

TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

La transferencia de un aprovechamiento urbanístico entre particulares, al margen de un sistema de actuación, puede realizarse por medio de la apertura de folio independiente donde se inscribirá el aprovechamiento mientras este no se concrete a favor de una finca determinada

Resolución de 18 de junio de 2010 (DOGC 10 de diciembre de 2010)

Resumen: Extensa e interesante resolución que intentaré explicar con claridad, resumir al máximo y centrarla en las cuestiones principales. Una finca tiene un exceso de edificabilidad de techo residencial (es decir, está edificada pero todavía no ha agotado su techo), pero el ayuntamiento decide reducirlo (parece que por motivos paisajísticos) y, para compensar a sus propietarios, permite que este techo que se reduce se pueda transferir a otra finca todavía por determinar y que se determinará por medio del planeamiento). Esta situación urbanística consta en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la inscripción de la finca. Los propietarios venden este exceso de aprovechamiento urbanístico y la compraventa se somete a las condiciones suspensivas que en el Registro de la Propiedad inscriba a favor de la compradora el citado aprovechamiento como finca independiente, y que el ayuntamiento autorice que dichos derechos de edificación se transfieran a una finca propiedad de la parte compradora.

El registrador de la propiedad encuentra hasta siete defectos que impiden la inscripción. El problema central es que la transferencia del exceso de aprovechamiento no se hace de una finca a otra finca; el registrador dice que el negocio jurídico está incompleto ya que el exceso no se puede adquirir sin adjudicarse a una finca concreta. Según el registrador, este aprovechamiento no puede constituir finca independiente ni se puede hacer constar la transmisión por nota marginal en el folio de la finca de origen, por no cumplirse los requisitos del RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Por otro lado, en su informe, el



registrador dice que con posterioridad a la presentación del título se han presentado otros documentos contradictorios con aquel que hacen presumir que con la condición suspensiva los otorgantes han intentado obtener una especie de reserva de rango con un negocio incompleto, ya que falta la aprobación de la transferencia a favor de una finca del comprador por parte del ayuntamiento.

La DGDEJ estima el recurso y, por lo tanto, revoca la nota de calificación. En primer lugar, resuelve sobre su competencia, ya que el recurrente había presentado el recurso ante la DGRN (alegando la infracción de normas del RD 1093/1997), mientras que el registrador consideró competente a la DGDEJ. Esta asume la competencia de acuerdo con que el art. 149.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña otorga a la Generalitat la competencia exclusiva sobre la regulación del régimen jurídico de la propiedad del suelo y de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, regulación contenida fundamentalmente en el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo, norma que tiene una clara vocación de completitud, mientras que el RD 1093/1997 es una norma meramente adjetiva y relativa a la mecánica registral.

Entrando en la cuestión de fondo, la DG recuerda que el art. 1 del RD comentado dice que son inscribibles los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, incluso si dan lugar a un derecho separado del suelo, mediante la apertura de un folio independiente; y así la DGRN ha admitido el derecho de opción o el embargo del aprovechamiento urbanístico (R 23 de octubre de 2003 y 30 de mayo de 2009). Considera que nada se opone tampoco a que el exceso de techo residencial pueda ser objeto de compraventa y de inscripción registral abriendo folio independiente, ya que ha sido determinado claramente por el planeamiento urbanístico y se cumplen los requisitos del art. 34 RD 1093/1997. En cuanto a la apertura de folio independiente para inscribir el exceso, la DG declara que está prevista en el art. 39.4 del RD, para los casos, como el presente, de transmisión del aprovechamiento antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución que corresponde. Por otro lado, también admite el establecimiento de una condición resolutoria, ya que estima razonable que el comprador solo esté interesado en comprar si puede adicionar el exceso edificable a otra finca de su propiedad. Finalmente, declara que “la inscripción de un negocio sometido a condición resolutoria o suspensiva no es, por sí mismo, un negocio sobre el rango registral... El artículo 23 LH prevé cómo hacer constar el cumplimiento o no de la condición, de manera que si la condición se cumple (en este caso), el negocio sería válido desde el primer momento y si no, tampoco tendrá eficacia alguna desde el primer momento...”

Comentario:

1.- La competencia de la DGDEJ

Registrador y DGDEJ coinciden en que la competencia para resolver este recurso corresponde a esta por las razones expuestas. Yo no lo tengo tan claro: el art. 1 de la Ley 5/2009, de 8 de abril, de recursos contra las calificaciones registrales, concede la competencia a la DGDEJ cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de modo exclusivo o junto a otros motivos, en normas de derecho catalán o en su infracción. En el caso que nos ocupa, la única norma citada en la calificación y en el recurso es el RD 1093/1997, norma estatal que es complemen-

taria del Reglamento hipotecario. Aunque la norma material es la urbanística y el RD citado es una norma adjetiva o instrumental, la exclusión de la competencia de la DGRN para este caso significaría excluirla también en todos aquellos supuestos en que la calificación o el recurso se fundamenten solo en la aplicación de la Ley o Reglamento hipotecarios, lo cual creo que va más allá de lo que dice la ley de recursos.

2.- La inscripción del exceso de aprovechamiento urbanístico

La DGDEJ sigue en este punto la doctrina de la DGRN, a la que cita solo para decir que permite el derecho de opción y el embargo del aprovechamiento urbanístico. Pero lo cierto es que la DGRN ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre la inscripción del aprovechamiento urbanístico en folio independiente en la Resolución de 26 de junio de 2006 (BOE 19 de julio de 2006): en un caso similar al presente, el ayuntamiento vendió a una sociedad mercantil un derecho de aprovechamiento urbanístico; la registradora calificó que se tenía que inscribir en una finca determinada; la DGRN declaró: “los aprovechamientos urbanísticos son bienes jurídicos de contenido patrimonial actual e independiente y no simples derechos expectantes que hayan de concretarse en un fundo determinado, siendo derechos perfectamente transmisibles de forma aislada...”

Pedro DEL POZO CARRASCOSA («El dret de propietat i la legislació urbanística: el dret a l'aprofitament urbanístic»; en *Desenes Jornades de Dret català a Tossa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000), califica el derecho al aprovechamiento urbanístico como un derecho que recae sobre una cosa futura, un derecho de crédito del propietario de la finca originaria frente a la Administración. Esta naturaleza no real, unida al hecho de que el objeto de la inscripción no es finca registral ni se pueden determinar todos los requisitos de los arts. 9 LH y 51 RH, da al art. 39 RD 1093/1997 un carácter excepcional. Por lo tanto parece dudosa la aplicación de este precepto a supuestos no contemplados en el mismo. Así, José Manuel GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo V, Civitas, Madrid, 1998, pág. 426) dice: “Para que se dé esta modalidad (de constancia registral) tiene que tratarse de una serie de supuestos concretos, perfectamente tipificados por el legislador...” La DGDEJ considera que el caso que examinamos entraría dentro del número 4, pero este precepto habla de los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares. Para Antonio DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ (*El aprovechamiento urbanístico: su título e inscripción*, Academia Sevillana del Notariado, vol. XII, Sevilla, 2000) este precepto “se refiere no a actuaciones asistemáticas, sino a actuaciones dentro de una unidad de ejecución, es decir, a actuaciones sistemáticas. Establece la apertura de folio registral independiente en los proyectos de ejecución privada, en los que la obligación de urbanizar corresponda a los particulares, en fincas que formen parte de unidades de ejecución, y cuando se adjudiquen unidades de aprovechamiento a empresas urbanizadoras o a terceros distintos de los aportantes.” Parece, por lo tanto, que el caso que nos ocupa no entraría en este supuesto, sin embargo, una vez hecha la excepción para un caso, y tratándose de una cuestión mecánica registral, tampoco veo ningún motivo por el que no se pueda aplicar analógicamente al supuesto que contempla esta resolución.

3.- La eficacia de la condición suspensiva

Está claro que la inscripción de un negocio sujeto a condición suspensiva produce un efecto registral mientras la condición está pendiente, si llega a cumplirse: la reserva de rango. Así resulta del art. 23 LH que admite la inscripción de los negocios sujetos a condición suspensiva y del art. 1.120 CC, que establece que “los efectos de la obligación de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella.” Así, Ramón M.^a ROCA SASTRE y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*Derecho hipotecario*, tomo III, 8.^a edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 376), dicen: “La ventaja del acceso registral de los actos o negocios condicionados suspensivamente es el poder ganar los mismos prioridad registral, siempre, naturalmente, que la condición llegue a cumplirse, transformándose la expectativa de derecho inscrita en titularidad actual del derecho, siempre con el auxilio de los efectos retroactivos correspondientes.”

Estos efectos y la no sujeción impositiva del negocio jurídico mientras la condición está pendiente hacen que la condición suspensiva a veces sea utilizada en los negocios jurídicos inter vivos para obtener una reserva de rango registral, hecho que no convierte la condición suspensiva en ilícita o antijurídica, siempre que su causa o motivación principal no sea la de obtener esta reserva de rango, sino que responda a un interés real en relación con los efectos propios del negocio jurídico. Por eso, la DGDEJ examina si es razonable el establecimiento de la condición suspensiva en el caso que comentamos, concluyendo que sí lo es ya que es razonable que el comprador solo esté interesado en adquirir el exceso de edificabilidad si lo permite la tramitación posterior del planeamiento.

La DGRN ha tratado el tema de la condición suspensiva a propósito de la hipoteca, en las importantes resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005 (BOE 19 y 20 de octubre de 2005), en las que admitió que la hipoteca se pudiera sujetar a condición suspensiva con la eficacia que hemos visto, pero siempre y cuando se cumplan “determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.”, exigencias que consideraba que se cumplían en los casos que resolvían. Pero estas resoluciones fueron impugnadas judicialmente por el Colegio de Registradores y la SAP Barcelona, sección 16.^a, de 17 de junio de 2008 (recién publicada en el BOE de 10 de agosto de 2010 por RDGRN de 24 de junio de 2010), ha resuelto que no se puede condicionar la hipoteca a la falta de pago del préstamo que garantiza, “condición” que es presupuesto de ejecución y no de existencia de la hipoteca y que crea una falsa apariencia, ya que disimula la realidad de la verdadera existencia de la hipoteca.

CODICILO CON INSTITUCIÓN DE HEREDERO. FACULTADES DEL ALBACEA

1) El codicilo otorgado en Cataluña por un extranjero en el que instituye heredero con respecto a los bienes situados en territorio español, es válido y se ha de interpretar en el sentido de que ordena un legado de una universalidad de bienes.

2) El albacea que es favorecido con un legado no puede tomar posesión del mismo por sí solo, si no ha sido autorizado expresamente por el causante.

Resolución de 7 de octubre de 2010 (DOGC 24 de diciembre de 2010)

Resumen: La causante, muerta en 2008 ostentando la nacionalidad mexicana, había hecho un testamento en México en el que nombraba heredera a sus hijas y a su pareja (a esta la nombraba además albacea), y un codicilo en Barcelona en que declaraba complementar su testamento en el sentido de nombrar heredera universal (sic) para sus bienes existentes en España a su pareja. Se otorgaron dos escrituras de aceptación de herencia, una en México en relación con los bienes situados en aquel país, y otra en Barcelona, en relación con los bienes situados en esta ciudad. La cuestión que, después de varias aclaraciones, llega a la DGDEJ es simplemente si la “heredera” designada en el codicilo puede comparecer por sí sola ante el notario español para aceptar la “herencia” y adjudicarse los bienes situados en España o, si en cambio, es necesaria la concurrencia de las otras herederas.

El notario de la escritura de aceptación de la herencia (que lo fue también del codicilo) recurrió la nota de calificación del registrador, que exigía la concurrencia de las otras herederas, afirmando que no es necesaria: por no existir en México la figura de la legítima (cuestión que acredita con un acta autorizada por un notario mexicano); porque la albacea tiene la facultad de interpretar la voluntad de la causante y queda liberada de la contraposición de intereses; y porque “la utilización de la frase *instituyo heredera universal*” es errónea y su voluntad era ordenar un legado, en los términos del art. 138 del Código de sucesiones y, como ya era heredera, resulta prelegatario y puede tomar posesión por sí sola, en los términos del art. 427-22.4 del Código civil de Cataluña.”

Por su parte, el registrador informa, básicamente: de que no es viable la institución de heredero en el codicilo; de que en la disposición del codicilo se modifica sustancialmente el régimen del testamento otorgado en México, con infracción del artículo 122.2. de aquel Código, que prohíbe la modificación de la institución; de que, por lo tanto, se ha de tener por no puesta la institución de heredero en el codicilo y no tiene que tener ningún efecto; de que el art. 138 CS no es aplicable, ya que la ley aplicable a la sucesión es la mexicana.

La DGDEJ desestima el recurso, pero no declara ineficaz el codicilo, sino que aplica el art. 110 CS, que ordena atenerse a la verdadera voluntad del testador sin sujetarse al sentido literal de las palabras empleadas, e interpreta que la voluntad del causante era establecer en el codicilo un legado de una universalidad de cosas, los bienes existentes en el Estado español. Continúa diciendo la DG que el art. 122 CS permite que el codicilo reforme parcialmente un testamento, siempre que no afecte a la institución de heredero anteriormente otorgada, y que su contenido ordinario, como señala la doctrina, es ordenar mandas y legados. No obstante, considerando que la legataria no estaba facultada para tomar por sí misma posesión del legado y que el art. 427-22.4 CCCat (que faculta al prelegatario para adjudicarse por sí solo el legado) no estaba en vigor en el momento de apertura de la sucesión, resuelve que es necesaria la intervención de las otras herederas en la entrega del legado, sin que la condición de albacea sea tampoco suficiente para tomar posesión por sí misma del legado.



Comentario: Dos son los temas que plantea esta resolución (que llama la atención por la brevedad de sus fundamentos de derecho): la eficacia del codicilo y la adjudicación del legado.

- A)** La eficacia del codicilo es una cuestión de Derecho internacional privado. Los preceptos que interesan a efectos de este caso son los art. 9.8 y 11 CC. El primero dice que la sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del causante; y el segundo, que las formas y solemnidades de los testamentos se regirán por la ley del país donde se otorguen. Por lo tanto, aunque la sucesión se rijan por la ley mexicana, la forma codicilar es válida en función del principio *locus regit actum*. Por otro lado, el art. 138 CS, el principio favor testamenti y la interpretación de la verdadera voluntad del causante, aunque son normas de derecho catalán, considero que se pueden aplicar como una extensión del principio *locus regit actum* para mantener la validez de la forma empleada por el causante para expresar su voluntad mortis causa en relación con los bienes situados en España. También se cumplen los requisitos de forma interna del codicilo, ya que en este se pueden ordenar legados. Nada impide, por tanto, la validez del legado ordenado en el codicilo.
- B)** La concurrencia de las otras herederas para hacer entrega del legado es consecuencia: por una parte, de la norma de conflicto del art. 11 CC, que aplica el principio *locus regit actum* no solo en el testamento, sino también en todos los actos jurídicos realizados en el Estado español, en este caso, en Barcelona (incluidas por tanto las escrituras de entrega o adjudicación de legados); y, por otro lado, de la norma material del art. 271 III CS, que prohíbe al legatario tomar posesión por su propia autoridad de la cosa o derechos legados. El art. 427-22.4 CCCat exceptúa el caso del prelegatario, pero este precepto no es aplicable a las sucesiones abiertas antes del 1 de enero de 2009 (DT 1.ª y 9.ª CCCat). La resolución añade que la interesada incurriría en duplicidad y

contradicción con la aceptación de la herencia hecha en México si aquí vuelve a aceptar la herencia (ya que la escritura hecha en Barcelona no fue de entrega de legado, sino de aceptación de herencia). Aquí ya me cuesta más ver el problema de la duplicidad, por no hablar del de la contradicción; quizá sería un formalismo excesivo no inscribir la escritura porque en lugar de aceptación del legado (que, evidentemente, sería lo más correcto técnicamente) se llame de aceptación de herencia (especialmente, cuando se está interpretando que el codicilo en realidad ordenó un legado).

También encuentro discutible la cuestión, que la DGDEJ resuelve sin argumentar, de si el albacea que a la vez es legatario puede tomar posesión por sí mismo de los bienes legados. No constan en el texto de la resolución ni los detalles del nombramiento del albacea y ni de sus facultades; suponiendo que no fuera albacea particular, si la causante no ha dispuesto lo contrario estaría facultada para entregar legados, por la aplicación de los arts. 315. III i 316. III CS (que, reitero, considero aplicables ya que regulan los requisitos de la forma de entrega de los legados). Coincido con Pedro ALBIOL (*Comentarios al CS*, Bosch, 1994, pág. 963) en que el albacea universal no requiere del consentimiento de los herederos para entregar los legados, ya que el albacea universal en Cataluña viene a ser un administrador de la herencia con las más amplias facultades legales. Tampoco encuentro mucho impedimento en el hecho de que la legataria albacea pueda tener un conflicto de intereses con los herederos (por ejemplo, en relación con la posibilidad de detraer la cuarta falcidia), circunstancia que ya debía de tener presente la causante cuando la nombró albacea. No hemos de olvidar que el nombramiento de albacea universal se fundamenta en la confianza que el causante ha depositado en él y que el encargo que le ha hecho el causante es precisamente la ejecución de su sucesión hereditaria.

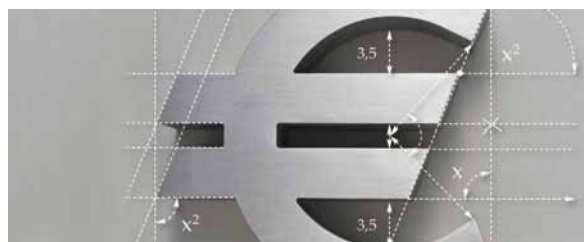


Director:

Julio Banacloche Pérez

Encuadernación: Tapa dura / Páginas: 1.752

ISBN: 978-84-8126-849-2



**VADEMÉCUM
FISCAL
2011**

NUEVO

El Vademécum Fiscal 2011 ofrece importantes novedades respecto de la obra publicada en 2010: se ha completado con nuevos esquemas, se han incluido cientos de reseñas de sentencias y resoluciones producidas en el último año y los comentarios de sentencias se refieren a ese tiempo reciente para atender así a la actualidad tributaria.



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Adquiera hoy mismo su ejemplar. TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>

Otorgado el II Premio Puig Salellas al jurista Juan Vallet de Goytisolo

El Colegio de Notarios de Cataluña entregó el pasado 1 de diciembre el II Premio Puig Salellas. En esta ocasión, el galardón le fue concedido a Juan Vallet de Goytisolo, en reconocimiento a su extraordinaria trayectoria profesional y científica, así como a su valiosa aportación en el desarrollo del Código Civil español y catalán, en la metodología jurídica, la Sociología y la Filosofía del Derecho.

Con este galardón se premia la figura de uno de los más importantes juristas del siglo XX, notario de profesión, quien inició su carrera notarial en Montgat y Torroella de Montgrí, trasladándose posteriormente a Madrid, desde donde siempre ha mantenido su vinculación personal y jurídica con Cataluña. Vallet se considera discípulo de Ramon M. Roca Sastre, uno de los juristas catalanes que más contribuyeron a la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, de la que en 2010 se ha celebrado el 50 aniversario.

El acto de entrega tuvo lugar en la sede del Colegio Notarial de Cataluña, en un acto presidido por la consejera de Justicia, Montserrat Tura, y la presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, M. Eugenia Alegret.

Juan-José López Burniol, notario de Barcelona, fue el encargado de glosar con brillantez la figura del homenajeado, destacando las características esenciales del pensamiento jurídico y humanista del eminente jurista. En su discurso, López Burniol recordó que para los juristas de su generación, Vallet era una cita obligada, destacando su *"obra plural y abrumadora"*.

En el repaso a su figura, recordó su trayectoria familiar, desde sus abuelos, catalán uno y cubano el otro, pasando por su padre, pionero en la industria del automóvil en nuestro país. Recordó que sus estudios de Derecho fueron interrumpidos por la Guerra Civil y cómo, una vez retomados, estudió la oposición orientado por Ramon M. Roca Sastre. Tras una trayectoria iniciada en Torroella de Montgrí y que pasó por Malgrat, Arucas (Canarias) y Logroño, en 1949 llega a Madrid, donde permanece hasta su jubilación.

En su dilatada trayectoria profesional se inserta una obra jurídica a la que calificó *"de primera magnitud, ingente y de alta calidad"*. Se trata, comentó, de *"la obra de un gran jurista, de sólida formación romanística y depurado por el estudio de los clásicos catalanes y castellanos, a la vez que la obra de un notario, es decir, de un profesional que trabaja en contacto"*



Juan José López Burniol fue el encargado de glosar con brillantez la figura del galardonado, Juan Vallet de Goytisolo



El galardón se creó el año pasado en memoria del ilustre jurista, que fue decano del Colegio Notarial de Cataluña

directo con la realidad y debe resolver los problemas de sus clientes". Entre sus publicaciones destacó especialmente *Apuntes de Derecho Sucesorio*, que marcó un antes y un después en los estudios sobre este Derecho, y fue la base de posteriores obras de síntesis más conocidas, como *Panorama del Derecho civil*, de 1963, y la más extensa *Panorama del Derecho de sucesiones*, de 1982 y 1984. En total, recordó, ha publicado treinta libros y unos doscientos trabajos jurídicos. Entre ellos, también libros centrados en la filosofía del Derecho y en la ciencia política, publicando asimismo más de cien trabajos sobre filosofía jurídica y temas políticos y sociales.

En cuanto a su pensamiento, López Burniol lo resumió centrándose en tres afirmaciones: su perfil iusnaturalista; el hecho de ser un jurista formado en el seno de la escuela jurídica catalana, y su encaje en la mejor tradición conservadora europea. Finalmente, terminó su glosa remarcando *"su triple condición de extraordinario jurista y pensador catalán –de nacimiento y formación–, español –por su ámbito hispánico–, y europeo –porque esas son las coordinadas básicas de su pensamiento–."*

Dada la avanzada edad de Vallet de Goytisolo y la imposibilidad física de desplazarse, recogió el premio su hijo Juan Vallet Regí, quien leyó un escrito muy emotivo de su padre en agradecimiento al premio recibido.

El decano del Colegio, en su intervención, afirmó que Vallet ha sido un gigante del Derecho, una referencia en el Derecho europeo y un maestro para todos, y acabó agradeciendo la colaboración y apoyo dispensado a la consejera de Justicia, en su nombre, el de la Junta y el de todos los notarios del Colegio. Montserrat Tura cerró el acto alabando la figura del premiado y destacando la tarea que está realizando el Colegio y la estrecha relación habida durante su mandato.



De izquierda a derecha: Guzmán Clavel, miembro de Junta; la viuda de Puig Salellas; Joan Carles Ollé, Decano; Montserrat Tura, M.^a Eugenia Alegré; y José Alberto Marín, Vicedecano



Vida corporativa

El año pasado el premio recayó en los consejeros de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en reconocimiento a su contribución en el proceso de actualización del Derecho Civil Catalán, que culminó con la elaboración del Código Civil de Cataluña, uno de los textos jurídicos más innovadores y avanzados de Europa.



Juan Vallet de Goytisolo (Barcelona, 1917) es Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid y notario desde 1942 –profesión de la que se jubiló en 1987–. Ha sido, entre otros cargos, presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino (1978-1980), secretario general y presidente de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1977-1999), de la que desde el año 2000 es presidente de honor; doctor honoris causa de la Unión Notarial Argentina (1978) y por la Universidad Autónoma de Barcelona (1985) y miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

José Maria Puig Salellas (Gerona, 1924), se licenció en Derecho y Filosofía y Letras por la Universidad de Barcelona, y ganó las oposiciones a notario en 1953. Fue notario de Barcelona y decano del Colegio de Notarios de Cataluña entre 1976 y 1980. Miembro de la Academia de Jurisprudencia de Cataluña, de la Academia de Ciencias Económicas y Financieras y de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña. También fue presidente del Consejo Social de la Universidad de Barcelona de 1986 a 1999 y miembro del Instituto de Estudios Catalanes. Participó activamente en el proceso de modernización del Derecho Civil catalán, colaborando en buena parte de las leyes aprobadas entre 1984 y 2002. Puig Salellas murió el 26 de mayo de 2007.



Jornada sobre cláusulas abusivas

El pasado 3 de diciembre tuvo lugar en el Colegio una Jornada sobre las cláusulas declaradas abusivas en la contratación financiera. El acto contó con una destacada asistencia, sin duda por razón de la actualidad y la importancia de la materia. La sesión se centró estrictamente en el ámbito jurídico, contando con la presencia e intervención de todos los principales operadores jurídicos y económicos intervinientes en dicha materia, es decir, notarios, registradores, magistrados, abogados, entidades financieras y representantes del mundo universitario.



Los principales operadores jurídicos y económicos estuvieron presentes en el Colegio.

El decano del Colegio, Joan Carles Ollé, destacó el hecho del gran interés suscitado por dicha jornada, por tratarse de una materia muy sensible socialmente y contar con decisiones judiciales que cuentan con una gran repercusión mediática y política. Así mismo, destacó que *"los notarios cumplimos una relevante función con la autorización de los préstamos, entre ellos los hipotecarios, y estamos obligados a realizar un control de legalidad, de asesoramiento reequilibrador, y a asegurar a las partes un consentimiento informado que garantice, sobretodo, la protección a la parte más débil, el consumidor, ofreciéndole las suficientes herramientas e información para que se haga su voluntad y que preste su consentimiento"*. Añadió, además, que *"siempre cumpliendo con nuestra obligación de imparcialidad, que forma parte de nuestro ADN"*. Por último, quiso remarcar que si bien las entidades financieras suponen la parte fuerte del contrato, son ellas quienes invierten el dinero y, por lo tanto, no están exentas de riesgos.

La conferencia central corrió a cargo de M. Victoria Petit Lavall, catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Jaime I de Castellón, y versó sobre el tema *"condiciones generales y cláusulas abusivas en el sector bancario"*. Su análisis se centró en la sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009, que repasó en profundidad. Así, tras una breve introducción comentó que el sistema de control de las CG, introducido en nuestro Derecho desde 1984, aunque realmente clarificado con la LCGC 1998 y régimen vigente en la actualidad TR 1/2007 (arts. 80 a 91) persigue la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. Este sistema opera sobre un doble plano: el control de inclusión (art. 80 TR 1/2007 y art. 5 LCGC) y un control de contenido. Así, ejemplificó ambos controles a través de la Sentencia del TS que declaró la nulidad de 10 de las 17 cláusulas incluidas en la demanda de acción colectiva de cesación presentada por la OCU. Posteriormente, su ponencia se centró en el análisis de algunas cláusulas frecuentemente empleadas en contratación bancaria y que han sido declaradas nulas por abusivas, entre ellas algunas que afectan al contenido y naturaleza de la normativa de transparencia bancaria; aquellas en materia de fijación de tipos de interés, comisiones y gastos; cláusulas sobre métodos de cálculo del tipo de interés; cláusula de renuncia al propio fuero; un gran grupo en que englobó las cláusulas relativas a las garantías de cumplimiento, y, por último, las cláusulas relativas a la limitación de derechos del adherente.

Tras la conferencia tuvo lugar una mesa redonda titulada *"Una visión plural desde el sector jurídico sobre la problemática de las cláusulas financieras abusivas"*, moderada por el vicedecano del Colegio, José Alberto Marín, y que contó con la participación de representantes de los diversos operadores jurídicos y económicos implicados: el abogado Joan Roca, socio del bufete Roca Junyent; el registrador José Luis Valle; el director de la Asesoría Jurídica de La Caixa, Sebastià Sastre; el magistrado de la Audiencia, Juan Garnica Martín, y el notario de Barcelona Jesús Fuentes Martínez.



Jornada sobre la reforma de la Ley Concursal

El pasado 25 de enero tuvo lugar en el Colegio de Notarios de Cataluña la Jornada de Derecho Concursal que, bajo el título *"La reforma de la Ley Concursal"*, analizó a fondo la citada Ley. Organizada en colaboración con AEDIN (Asociación Española de Derecho de la

Insolvencia), ADCo (Anuario de Derecho Concursal) y la editorial Tirant lo Blanch, la Jornada contó con la asistencia de más de una cincuentena de profesionales del ámbito jurídico, quienes tuvieron la oportunidad de asistir a las distintas ponencias que versaron sobre muy diversos aspectos de dicha Ley. Cabe resaltar que, aunque la materia es, fundamentalmente, jurisdiccional, también revierte interés entre jueces, magistrados, abogados, registradores y, evidentemente, notarios, dado que afecta la forma de obrar de las personas físicas o jurídicas.

Las ponencias presentadas fueron *"El proceso de reforma de la Ley Concursal"*, a cargo de Santiago Hurtado, secretario general técnico del Ministerio de Justicia; *"Los acuerdos de refinanciación"*, a cargo de Ángel Rojo, catedrático de Derecho Mercantil; *"La declaración de concurso de acreedores"*, a cargo de Emilio Beltrán, catedrático de Derecho Mercantil; *"El concurso de la sociedad"*, de José Antonio García-Cruces, catedrático de Derecho Mercantil; *"El convenio y la liqui-*

dación", de José María Fernández Seijo, magistrado del Juzgado Mercantil 3 de Barcelona; *"La responsabilidad de los administradores"*, de Ignacio Sancho Gargallo, magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona; *"El procedimiento abreviado"* de Christian Herrera, abogado; y *"La reforma concursal y el Notariado"*, a cargo de Leopoldo Martínez de Salinas Alonso, notario de Barcelona.

En el transcurso de la misma se puso de manifiesto que la reforma de la Ley era necesaria para asegurar, en la medida de lo posible, la consecución del objetivo planteado por el legislador: incrementar la conservación o mantenimiento del patrimonio de las empresas. El actual contexto de crisis económica ha incrementado muy notablemente las situaciones de concurso de insolvencia, y a puesto a prueba la infraestructura de los juzgados y la necesidad de mayores medios materiales. Si bien es cierto que la situación ha requerido de una mayor especialización de los juzgados mercantiles, se revela insuficiente dado que el colapso de los juzgados es cada vez mayor. De este modo, la jornada permitió establecer un debate acerca de las novedades que incorpora la reforma publicada en el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica que supuso, entre otras reformas, la de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, repasando sus puntos fuertes y los aspectos a mejorar de la misma.



La Jornada contó con la participación de destacados especialistas en la materia.

Reglas para la publicación de trabajos en **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
2. **REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
3. **EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente –y previa autorización– en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
4. **ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
5. **PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
6. **NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line**.

Entra en www.colnotcat.es y accede a la sección **Publicaciones**.

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.

