

Boletín

SERVICIO DE ESTUDIOS
REGISTRALES DE CATALUÑA



*Registradors de
Catalunya*

156

NOVIEMBRE-DICIEMBRE

2011

BOLETÍN

Servicio de Estudios Registrales de Cataluña

DIRECTOR

JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ

CODIRECCIÓN

MERCEDES TORMO SANTONJA

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ
PEDRO ÁVILA NAVARRO
ANTONIO GINER GARGALLO
SANTIAGO LAFARGA MORELL
JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
ANTONIO CUMELLA DE GAMINDE
FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO
JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
LUIS SUÁREZ ARIAS
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

COLABORADORES

MANUEL BERNAL DOMÍNGUEZ
FERNANDO CURIEL LORENTE
JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE
LUIS MIGUEL ZARABOZO GALÁN
JOSÉ M^a RÁMIREZ-CÁRDENAS GIL
VICENTE JOSÉ GARCÍA-HINOJAL LÓPEZ
JOSÉ LUIS SARRATE I ABADAL
MATÍAS GIMÉNEZ ROCHA
JOSÉ LUIS SALAZAR
MANUEL BALLESTEROS ALONSO
JESÚS BENAVIDES ALMELA
RAMÓN GASPAR VALENZUELA
MIGUEL ÁNGEL PETIT SUÁREZ

DIRECTORES HONORARIOS

D. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
D. PEDRO ÁVILA NAVARRO
D. FCO. JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
D. JOAQUÍN MARÍA LARRONDO LIZARRAGA

núm. 156

NOVIEMBRE-DICIEMBRE DE 2011



Decanato Autonómico de los Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña
Servicio de Estudios Registrales de Cataluña

© **Servicio de Estudios Registrales de Cataluña**

Joan Miró, 19-21

08005 - BARCELONA

D.L.: B. 22.157-1993

ÍNDICE

I	DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO Y DE ENTIDADES JURÍDICAS	12
	Mercedes Tormo Santonja	
I.1.	RESOLUCIÓN JUS/2755/2011, de 3 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Vilafranca del Penedès señor Manuel Mariño Vila contra un acuerdo de calificación del registrador de la propiedad de Calafell. (DOGC 25/11/2011). CARÁCTER FAMILIAR DEL PACTO DE SOBREVIVENCIA Y NECESIDAD DE RENUNCIA CLARA E INEQUIVOCA AL MISMO.....	13
I.2.	RESOLUCIÓN JUS/2611/2011, de 5 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el señor A. de V. S. contra la calificación del registrador de la propiedad del Registro de Terrassa número 1. (DOGC 08/11/2011). NO CABE INSCRIBIR UNA ESCRITURA QUE SOLICITA LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA VIGENCIA DEL CENSO EN BASE A UNA DECLARACIÓN UNILATERAL DEL CENSUALISTA.....	15
I.3.	RESOLUCIÓN JUS/2612/2011, de 7 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por la señora M. del R. G. i S. contra la calificación de la registradora de la propiedad de Cerdanyola del Vallès. (DOGC 08/11/2011). LA ADJUDICACIÓN A UNO DE LOS CÓNYUGES DE LA VIVIENDA FAMILIAR ADQUIRIDA ANTES DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO ES OBJETO PROPIO DEL CONVENIO REGULADOR APROBADO JUDICIALMENTE.....	17
I.4.	RESOLUCIÓN JUS/2613/2011, de 11 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el señor J. A. C. contra la calificación del registrador de la propiedad núm. 1 de Mollet del Vallès. (Pág. 57283) (DOGC 08/11/2011). LA INSCRIPCIÓN DE UN CAMBIO DE USO EXIGE LICENCIA URBANÍSTICA MUNICIPAL.....	18
II	RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA CIVIL E HIPOTECARIA.....	19
	Pedro Ávila Navarro	
II.1.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE JUNIO DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011).....	20
	<i>Anotación preventiva de embargo:</i> En procedimiento contra herederos del titular ha de acreditarse el fallecimiento	
	<i>Anotación preventiva de embargo:</i> En procedimiento contra herederos del titular ha de acreditarse la sucesión	
	<i>Anotación preventiva de embargo:</i> Procedimiento contra la herencia yacente sin especificar las deudas que se persiguen	

II.2.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE JULIO DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)	21
	<i>Propiedad horizontal:</i> La asignación de espacios de garaje o trastero a cuotas de condominio no puede hacerse unilateralmente	
	<i>Propiedad horizontal:</i> La asignación de espacios de garaje o trastero a cuotas de condominio requiere descripción pormenorizada	
II.3.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE JULIO DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)	21
	<i>Separación y divorcio:</i> Las adjudicaciones de bienes no matrimoniales deben hacerse en escritura pública	
II.4.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)	22
	<i>Inmatriculación:</i> Hay doble título inmatriculador aunque se produzcan modificaciones registrales de las fincas	
II.5.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)	23
	<i>Rectificación del Registro:</i> Requiere consentimiento del titular o resolución judicial	
	<i>Régimen económico matrimonial:</i> Debe indicarse si es el legal o el convencional cuando se otorga en territorios de régimen distinto	
	<i>Régimen económico matrimonial:</i> Puede rectificarse el carácter del bien inscrito por conclusión notarial sobre las manifestaciones de los interesados	
II.6.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)	24
	<i>Urbanismo:</i> Necesita licencia municipal la venta de parte indivisa de suelo rústico (Andalucía)	
II.7.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 25 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)	24
	<i>Anotación preventiva de embargo:</i> Ejecución: Después de la adjudicación no puede inscribirse el título otorgado por el ejecutado	
II.8.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN 26 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)	25
	<i>Obra nueva:</i> La declarada por el autopromotor de vivienda unifamiliar debe contener declaración sobre esas circunstancias	
II.9.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN 29 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)	26
	<i>Propiedad horizontal:</i> Las cuotas de condominio de un local no pueden venderse como garajes y trasteros independientes	

II.10. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 01 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)	26
<i>Exceso de cabida:</i> Dudas sobre identidad de la finca en el acta de presencia y notoriedad	
II.11. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)	27
<i>Herencia:</i> Posibilidad de inscripción en procedimiento seguido contra herederos indeterminados del titular	
<i>Reanudación del tracto:</i> Procede por sentencia en juicio declarativo si han sido demandados los titulares intermedios	
II.12. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 03 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)	28
<i>Separación y divorcio:</i> Las adjudicaciones de bienes no matrimoniales deben hacerse en escritura pública	
II.13. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)	28
<i>Cancelación:</i> Requiere consentimiento del titular o sentencia contra él	
<i>Recurso gubernativo:</i> Sólo procede contra la nota de suspensión o denegación, no cuando se practica el asiento	
II.14. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)	29
<i>Anotación preventiva de demanda:</i> Es anotable, no inscribible, la sentencia dictada en rebeldía	
<i>Condición resolutoria:</i> La cancelación de cargas posteriores requiere demandar a sus titulares	
II.15. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)	30
<i>Reanudación del tracto:</i> Procede por sentencia en juicio declarativo si han sido demandados los titulares intermedios	
<i>Reanudación del tracto:</i> Debe constar en el expediente el título de adquisición	
II.16. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)	30
<i>Descripción de la finca:</i> No debe generar dudas sobre la identidad de la finca	
<i>Rectificación del Registro:</i> Modificación de descripción de la finca basada en el Catastro	
II.17. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2011M (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)	31
<i>Expropiación forzosa:</i> Transmisión del derecho de reversión	

- II.18. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)** 32
Bienes gananciales: La resolución de una adquisición a cambio de alimentos requiere la intervención de los dos cónyuges
- II.19. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)** 32
Reanudación del tracto: Debe constar cómo se ha notificado al titular de menos de 30 años de antigüedad
- II.20. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)** 33
Crédito refaccionario: Para su anotación es necesario que las obras no se hallen terminadas
- II.21. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)** 34
Descripción de la finca: Los títulos inscribibles han de tener una descripción precisa y completa de los inmuebles
- II.22. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)** 34
Hipoteca: Cancelación: La caducidad se cuenta desde el vencimiento total de la obligación
- II.23. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)** 35
Sociedad limitada: Fusión: Son inscribibles los actos otorgados por la sociedad absorbida antes de la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil
Concurso de acreedores: La inscripción de actos otorgados por el concursado según el convenio no exige la cancelación de la anotación de concurso
- II.24. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)** 35
Rectificación del Registro: La rectificación por errores en la copia inscrita no requiere consentimiento de los titulares registrales
- II.25. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 17 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)** 36
Exceso de cabida: Es una rectificación de superficie y no permite encubrir una inmatriculación
Exceso de cabida: La inscripción del exceso exige que no haya dudas sobre la identidad de la finca

II.26. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)	37
<i>Derecho notarial:</i> Diferencia entre escrituras y actas	
<i>Recurso gubernativo:</i> El registrador no debe trasladar el recurso a interesados distintos del funcionario que expidió el título	
II.27. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)	37
<i>Recurso gubernativo:</i> El registrador no puede suspender la inscripción por su propósito de recurrir la resolución de la Dirección	
II.28. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 26 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)	38
<i>Concurso de acreedores:</i> No puede anotarse embargo administrativo con providencia de apremio posterior a la declaración de concurso	
II.29. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)	39
<i>Inmatriculación:</i> La necesaria certificación catastral no puede sustituirse por un borrador sin signos de autenticidad	
II.30. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)	39
<i>Calificación registral:</i> Debe hacerse con carácter unitario, aunque uno de los defectos sea la falta de liquidación del impuesto	
II.31. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 31 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)	40
<i>Expropiación forzosa:</i> En expropiación urbanística puede utilizarse la tasación conjunta incluso para una sola finca	
II.32. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)	41
<i>Concurso de acreedores:</i> No impide la inscripción de actos anteriores a la declaración	
<i>Recurso gubernativo:</i> No puede recurrirse sobre una primera calificación que quedó sin efecto por desistimiento	
II.33. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 03 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)	42
<i>Comunidad:</i> Al hipotecarse una mitad indivisa de una finca no es preciso identificar cuál sea	
II.34. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)	42
<i>Separación y divorcio:</i> La situación de separado judicialmente se acredita por manifestación del interesado	

- II.35. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 08 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)** 43
Herencia: Posibilidad de inscripción en procedimiento seguido contra herederos indeterminados del titular
Herencia: Legados: Entrega del legado deducida de sentencia contra la herencia yacente
- II.36. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)** 44
Obra nueva: La antigüedad de la obra puede acreditarse por certificación catastral, aunque no sea exactamente coincidente
Obra nueva: La descripción y la antigüedad de la obra pueden probarse por medios distintos
- II.37. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)** 44
Herencia: Pueden adjudicarse bienes de la herencia sin previa liquidación de la sociedad de gananciales
- II.38. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)** 45
Comunidad: La disolución de comunidad que no es total es en realidad una compraventa
- II.39. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)** 45
Titular registral: No es necesario el NIF del cónyuge del comprador en gananciales
- II.40. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)** 46
Herencia: La inscripción de herencia intestada no requiere presentar copia completa del acta de declaración
Recurso gubernativo: El plazo para la calificación se cuenta desde la última notificación realizada
- II.41. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)** 47
Obra nueva: Declaración de obra anterior a la Ley, justificación de la antigüedad
Obra nueva: La declaración en suelo rústico se rige por las mismas normas que en suelo urbano
- II.42. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)** 47
Rectificación del Registro: Rectificación de error de concepto sin intervención de los interesados
División y segregación: Transmisión del resto sin que se haya inscrito la segregación

III	RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA MERCANTIL.....	49
	Pedro Ávila Navarro	
III.1.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE JULIO DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011).....	50
	<i>Sociedad limitada:</i> Administración: La representación conferida por acuerdo social debe constar en documento público	
III.2.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)	50
	<i>Calificación registral:</i> La calificación negativa ha de ser razonada y suficiente	
	<i>Sociedad limitada:</i> Junta general: Debe constar en la certificación del acta la forma de convocatoria	
	<i>Sociedad limitada:</i> Junta general: Debe celebrarse en el término del domicilio social	
	<i>Sociedad limitada:</i> Cuentas: Deben presentarse con la auditoría pedida por la minoría	
III.3.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)	51
	<i>Concurso de acreedores:</i> Embargo administrativo anterior a la declaración y bienes necesarios para la actividad del deudor	
III.4.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)	52
	<i>Sociedad limitada:</i> Junta general: La petición de complemento de convocatoria por los socios no es anotable	
III.5.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)	52
	<i>Sociedad limitada:</i> Constitución por procedimiento de urgencia: No es necesario acreditar la exención del impuesto	
III.6.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 03 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)	52
	<i>Registro Mercantil Central:</i> Concepto de identidad de denominaciones	
	<i>Registro Mercantil Central:</i> No identidad de las denominaciones «HR Abogados, S.L.» y «FR Abogados, S.L.»	
III.7.	RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011)	53
	<i>Sociedad limitada:</i> Constitución: Constitución por el procedimiento de urgencia del art. 5.2 RDL. 13/03.12.2010	
	<i>Sociedad limitada:</i> Estatutos: Estatutos de la O.JUS/3185/2010	
	<i>Sociedad limitada:</i> Estatutos: Denominación objetiva y objeto social	

IV	ACTUALIDAD PARLAMENTARIA	56
	María Isabel de la Iglesia Monje	
IV.1.	PROPOSICIONES DE LEY	57
	• Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Grupo Parlamentario Socialista.....	57
	• Proposición de Ley sobre medidas para garantizar la integración de los trabajadores discapacitados en el sector público. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV).....	57
	• Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Grupo Parlamentario Socialista.....	57
	• Proposición de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida. Grupo Parlamentario Socialista.....	57
	• Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres para adaptarla a diversos Reglamentos de la Unión Europea. Grupo Parlamentario Socialista ...	57
	• Proposición de Ley de servicios funerarios. Grupo Parlamentario Socialista.....	57
	• Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte. Grupo Parlamentario Socialista.....	57
	• Proposición de Ley de Contratos de Distribución. Grupo Parlamentario Socialista.....	57
	• Proposición de Ley por la que se regulan los servicios de atención al cliente destinados a los consumidores y usuarios. Grupo Parlamentario Socialista.....	57
	• Proposición de Ley de transparencia y acceso a la información pública. Grupo Parlamentario Socialista.....	57
	• Proposición de Ley relativa a la dación en pago y la protección de las personas físicas insolventes. Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia	58
	• Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)	58
	• Proposición de Ley de modificación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)	58
	• Proposición de Ley sobre la adaptación de la regulación vigente en el ámbito de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios colectivos a los requerimientos específicos de las Comunidades Autónomas que cuenten con sindicatos más representativos cuyo ámbito de representación se circunscriba a su ámbito territorial. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)	58
	• Proposición de Ley sobre la mejora de la accesibilidad en las comunidades de viviendas. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV).....	58
	• Proposición de Ley relativa a la igualdad de trato y la no discriminación. Grupo Parlamentario Socialista.....	58

V	NOVEDADES LEGISLATIVAS	59
V.1.	INSTRUCCIÓN de 27 de octubre de 2011, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la Dirección General de Modernización de la Administración de Justicia, sobre el nuevo modelo organizativo del Registro Civil Central. (BOE 15/11/2011)	61
V.2.	REAL DECRETO 1612/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifican los Reales Decretos 1426/1989, de 17 de noviembre, y 1427/1989, de 17 de noviembre, por los que se aprueban los aranceles de los notarios y los registradores, así como el Decreto 757/1973, de 29 de marzo, por el que se aprueba el arancel de los registradores mercantiles	61
V.3.	CORRECCIÓN DE ERRORES de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE de 23 de noviembre de 2011)	61
V.4.	DECRET 410/2011, de 29 de novembre, pel qual es deixa de prestar el servei de caixa a les delegacions territorials de l'Agència Tributària de Catalunya i a les oficines liquidadores	61
VI	COLABORACIONES	62
	Paula Castaños Castro y María José García Alguacil	
VI.1.	LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: Nuevo modelo de corresponsabilidad parental ¿en interés del menor?	63

I

**DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO
Y DE ENTIDADES JURÍDICAS**

Mercedes Tormo Santonja

I.1.

RESOLUCIÓN JUS/2755/2011, de 3 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el notario de Vilafranca del Penedès señor Manuel Mariño Vila contra un acuerdo de calificación del registrador de la propiedad de Calafell. (DOGC 25/11/2011). CARÁCTER FAMILIAR DEL PACTO DE SOBREVIVENCIA Y NECESIDAD DE RENUNCIA CLARA E INEQUIVOCA AL MISMO

COMENTARIO

En el Registro se deniega la inscripción de una escritura de renuncia, manifestación y aceptación de herencia de una finca adquirida por los cónyuges con pacto de supervivencia.

El causante en su testamento hacía constar que sus hijos ya estaban pagados y satisfechos de sus derechos legitimarios y nombró heredera a su esposa, y con adjudicación de la finca de Calafell por partes iguales entre los tres hijos. Con posterioridad se autorizó una escritura de renuncia, manifestación y aceptación de herencia otorgada por la viuda e hijos del causante, en la que la viuda renunció a la herencia y consintió que sus hijos se adjudicaran en concepto de herencia, por terceras partes indivisas, la finca inventariando una mitad indivisa de finca, sin ninguna mención al pacto de supervivencia, pero en el momento de la adjudicación se lo adjudican en su totalidad, por terceras partes.

Se suspende la inscripción de esta escritura en el Registro de la propiedad al faltar la extinción del pacto de supervivencia sólo corresponde por acuerdo de los cónyuges, renuncia del superviviente, declaración de nulidad, separación judicial o de hecho o divorcio del matrimonio, o adjudicación de la mitad del bien por un embargo, tal como disponía el artículo 46 del Código de familia, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio, vigente en el momento del otorgamiento de la escritura.

El notario interpuso recurso gubernativo señalando que es necesario entender que la renuncia se extiende al acto de supervivencia, por acto tácito, ya que la viuda consintió la adjudicación a los hijos y que no sería posible una renuncia posterior.

El registrador fundamentó la desestimación en que la transmisión al cónyuge superviviente por defunción del otro no requiere una aceptación; que el pacto de supervivencia no es una institución hereditaria, sino del derecho de familia; que la mitad de la finca, que era propiedad del causante, no ha integrado nunca el patrimonio, ya que no había existido renuncia previa de la cónyuge y que, en definitiva, sería necesaria una renuncia expresa a esta adquisición. Con respecto a la renuncia tácita, sostiene que no es viable en derecho catalán, que exige que las renunciaciones sean expresas y solemnes, con el fin de conocer su alcance abdicativo y traslativo.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas desestima el recurso interpuesto en base al carácter familiar del pacto de supervivencia y a la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, que en el artículo 44.3 prevé que la adquisición por esta causa se debe computar en la herencia, a los efectos de cálculo de la legítima, y esta precisión tiene su efecto en el ámbito tributario y en el de la fijación del valor de la legítima, pero no le hace perder su sentido de institución de derecho de familia, Por lo tanto, la renuncia a la herencia no debe comportar en ningún caso la de los efectos del pacto de supervivencia que la viuda y el causante habían convenido en su momento con respecto a un bien concreto.

Esta Dirección General admite que se pueda interpretar la escritura en el sentido de la existencia de una renuncia tácita al pacto de supervivencia implícita en la renuncia expresa a la herencia y con consentimiento a la inscripción de la finca a favor de los hijos si del contenido de la escritura se desprendiera de una manera expresa, clara e inequívoca la existencia del pacto de supervivencia y fuera del todo indudable que la viuda, al renunciar, tomaba en consideración la existencia del pacto. Este no es el caso. En la escritura calificada se hace referencia a la mitad indivisa de la finca y ni siquiera en el apartado de cargas se especifica la existencia del pacto.

https://www.gencat.cat/diari_c/6013/11301082.htm

I.2.

RESOLUCIÓN JUS/2611/2011, de 5 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el señor A. de V. S. contra la calificación del registrador de la propiedad del Registro de Terrassa número 1. (DOGC 08/11/2011). NO CABE INSCRIBIR UNA ESCRITURA QUE SOLICITA LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA VIGENCIA DEL CENSO EN BASE A UNA DECLARACIÓN UNILATERAL DEL CENSUALISTA

COMENTARIO

Se deniega la constancia registral de una escritura presentada en la que los titulares de un censo con dominio directo piden la constatación registral de que este censo está vigente, con la finalidad de interrumpir el plazo de prescripción de esta carga en los libros del registro.

El Registrador suspende la inscripción porque no está previsto en la legislación vigente que se pueda hacer constar en el Registro la continuidad de la vigencia de un censo a efectos de interrumpir la prescripción por falta de cobertura legal. Tampoco se puede aplicar el artículo 44 de la Ley de censos de 31 de diciembre de 1945, que permitía esta constancia registral, porque esta ley ha sido expresamente derogada. Tampoco es aplicable el procedimiento de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de censos 6/1990, de 16 de marzo, porque no está previsto que se pueda consignar en el Registro una nota marginal similar a la que prevé esta norma, de continuidad de la vigencia del censo una vez pasados los cinco años previstos en esta disposición, que hoy está derogada. La Ley hipotecaria. Y tampoco está previsto que se pueda hacer constar en el Registro un acto de estas características porque no se trata de ninguno de los supuestos del artículo 2 de la Ley hipotecaria, que establece la inscripción de actos y negocios jurídicos, porque en el título presentado se contiene un acto que no produce por él mismo efectos jurídicos y lo que se pretende es que lo tenga por la publicidad registral. El registrador indica que la forma utilizada por los titulares del censo para interrumpir la prescripción no es el adecuado, porque esta interrupción se podría hacer solicitando la cabrevación o reconocimiento del dominio directo al enfiteuta, pero no mediante declaración unilateral del censualista.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas desestima el recurso interpuesto y confirma la nota del Registrador, señalando que la regulación vigente del derecho de censo la encontramos en el Capítulo V del Título VI del Libro V del Código civil de Cataluña. Esta regulación sustituye la de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, que queda expresamente derogada. En la norma vigente no hay ninguna disposición que ligue la existencia y vigencia del censo o el mantenimiento de su inscripción en el Registro a ninguna actividad registral del censualista, a excepción de la ratificación de la disposición transitoria tercera de la ley de 1990 antes mencionada. Tampoco se establece la interrupción de la prescripción del censo por actividad registral ni permite expresamente la constancia en el Registro de una declaración unilateral de voluntad del censualista de subsistencia y vigencia de su derecho, como la contenida en el título presentado al Registro.

Otra cuestión planteada en el recurso es si esta manifestación es un instrumento válido para interrumpir la prescripción del derecho de censo. Señala la Dirección General que en los censos sin pensión, como el que es objeto de este recurso que tenemos que recordar que son excepcionales, la prescripción de este derecho estaría ligada a la falta de reclamación del laude-

mio, desde que nace el derecho a reclamarlo o la falta de ejercicio del derecho de fadiga. Obviamente mientras no se produzca una transmisión de la finca grabada susceptible de devengar el laudemio y generar el derecho de fadiga, no se puede empezar a contar el plazo de prescripción. La prescripción se tendrá que interrumpir por alguna de las causas enumeradas en el artículo 121-12 del Código civil. Entre ellas no está la publicación en el Registro de la Propiedad de una manifestación del censalista hecha exclusivamente a estos efectos. Las causas de interrupción enumeradas en este precepto son la reclamación judicial, arbitral o extrajudicial, la renuncia a la prescripción o el reconocimiento del derecho por parte del propietario de la finca grabada. Dentro de esta última categoría, nada impide que el censalista exija al propietario de la finca este reconocimiento, como sucedía con el derecho histórico de cabrevación, pero no se reconoce efectos para interrumpirla en la publicación en el Registro de una declaración de voluntad unilateralmente expresada por el titular del derecho. Dicha declaración de voluntad unilateral en base al principio registral de legitimación requerirá el consentimiento del titular registral o una resolución judicial firme en la cual el propietario de la finca haya sido parte.

https://www.gencat.cat/diari_c/6000/11291106.htm

I.3.

RESOLUCIÓN JUS/2612/2011, de 7 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por la señora M. del R. G. i S. contra la calificación de la registradora de la propiedad de Cerdanyola del Vallès. (DOGC 08/11/2011). LA ADJUDICACIÓN A UNO DE LOS CÓNYUGES DE LA VIVIENDA FAMILIAR ADQUIRIDA ANTES DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO ES OBJETO PROPIO DEL CONVENIO REGULADOR APROBADO JUDICIALMENTE

COMENTARIO

Se deniega la inscripción de una sentencia de divorcio porque el convenio regulador hace referencia, entre otros, a fincas adquiridas por los cónyuges antes de la celebración del matrimonio. Se presenta una Sentencia que declara disuelto el matrimonio y aprueba el convenio, del que resulta que la vivienda familiar y la plaza de aparcamiento los adquirieron a los esposos por mitades indivisas, cuando todavía eran solteros,

La registradora suspendió la inscripción en base a los artículos 43, 76, 77 y 78 del Código de familia y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 2010 de los cuales se desprende, según afirma, que el Convenio regulador tiene por objeto la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de cosa común adquirida durante el matrimonio y no la transmisión de fincas entre esposos por lo que es preciso que dicha transmisión se haga por medio de escritura.

En el recurso interpuesto se alegó el artículo 43 y el 76 del Código de familia, aplicables al caso porque el procedimiento se siguió antes de la entrada en vigor del Libro II del Código civil, de los que el recurrente considera que la legislación catalana prevé la posibilidad de que los esposos se liquiden en convenio los bienes que tenga en comunidad en el momento del divorcio o la separación sin distinción del momento en qué los hubieran adquirido

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas estimo el recurso interpuesto en base a la regulación del régimen de separación de bienes y cita el artículo 76.e del Código de familia, del que resulta que el convenio de separación o de divorcio tiene que contener las normas relativas a la liquidación, si es el caso, del régimen matrimonial, y la división de los bienes comunes. No hay lugar para tratar de las fincas o bienes que sólo son de uno de los esposos, por mucho que se hayan adquirido durante el matrimonio, a menos que se trate de la atribución del uso de la vivienda familiar o de otras compensaciones. Pero en cambio, hay lugar, evidentemente, para proceder a la división de los bienes que pertenecen a los esposos en comunidad ordinaria, incluso si contienen el pacto de supervivencia, sin ninguna distinción por razón del momento de la adquisición. El supuesto que motiva el presente recurso, en el que se lleva a cabo la disolución de condominio de vivienda familiar adquirida por los esposos antes de la celebración del matrimonio con adjudicación del pleno dominio a una de las partes que se compensa con la atribución a la otra parte del pleno dominio de unos locales adquiridos también por mitades indivisas, éstos durante el matrimonio, es objeto propio y desde el punto de vista material o de fondo, del convenio de divorcio, y como tal debe estar recogido en el documento presentado.

I.4.

RESOLUCIÓN JUS/2613/2011, de 11 de octubre, dictada en el recurso gubernativo interpuesto por el señor J. A. C. contra la calificación del registrador de la propiedad núm. 1 de Mollet del Vallès. (Pág. 57283) (DOGC 08/11/2011). LA INSCRIPCIÓN DE UN CAMBIO DE USO EXIGE LICENCIA URBANÍSTICA MUNICIPAL

COMENTARIO

Se suspende la inscripción de una escritura de cambio de uso de un departamento de local a vivienda, porque no se acompañaba la licencia urbanística municipal para el cambio de uso que exigen los artículos 187.2.e) y 218 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, Ley de urbanismo de Cataluña, y los artículos 234, 238, 249 y 250 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña, así como la resolución de esta Dirección General de 23 de mayo de 2006.

Se interpone un recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador y se fundamentaba en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2005, que interpretando y aplicando el artículo 179.e) de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña –actual artículo 187.2.e) del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto–, entendió que el cambio de uso de local a vivienda de un elemento privativo de una propiedad horizontal no necesita licencia municipal. Asimismo, en el recurso se alegaba la inaplicación del artículo 218 de Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, invocado por el registrador, ya que no se había procedido a la constitución o modificación del régimen de propiedad horizontal.

El registrador de la propiedad dio traslado de la interposición del y el Ayuntamiento presenta un informe emitido por la jefa del Gabinete Técnico-administrativo del Servicio de Gestión, Disciplina Urbanística y Vivienda y por el jefe de la Unidad Técnica de Gestión Urbanística, de igual fecha, en el que se afirmaba que no se podía autorizar el cambio de uso a vivienda, dado que se incumplían los artículos 55 y 57 del Plan de ordenación urbanística municipal de Mollet del Vallès y la legislación urbanística aplicable.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas desestimó el recurso interpuesto en base a la necesidad de atender a los requisitos establecidos en la legislación administrativa para proceder a la inscripción de una vivienda en el Registro de la Propiedad que exigen aportar licencia o autorización urbanística relativa al cambio de uso o destino de un local en vivienda para proceder a la inscripción de este cambio de uso, como se desprende de los artículos 187.2 y 218 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, y de los artículos 234, 238, 249 y 250 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo, y de acuerdo con el último de los preceptos citados, la falta de acreditación del otorgamiento de la licencia –que también fue advertida por el notario autorizante de la escritura de 28 de marzo de 2011– justifica la suspensión de la inscripción., criterio recogido por la resolución de esta Dirección General de 23 de mayo de 2006, que contradice a la resolución de esta misma Dirección General de 9 de mayo de 2005.



RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA CIVIL E HIPOTECARIA

Pedro Ávila Navarro

II.1. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE JUNIO DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)

Anotación preventiva de embargo: En procedimiento contra herederos del titular ha de acreditarse el fallecimiento

Anotación preventiva de embargo: En procedimiento contra herederos del titular ha de acreditarse la sucesión

Anotación preventiva de embargo: Procedimiento contra la herencia yacente sin especificar las deudas que se persiguen

Se trata de anotar un mandamiento de embargo contra la herencia yacente de los titulares registrales. La Dirección reitera su doctrina sobre la calificación registral de los documentos judiciales, especialmente en cuanto al tracto sucesivo como garante del principio constitucional protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión. Y entra a tratar los defectos señalados por el registrador:

—«Falta de acreditación del fallecimiento de los titulares registrales a través del correspondiente certificado de defunción, lo cual debe ser confirmado [...] (cfr. art. 166.1 RH). Al respecto es doctrina de este Centro Directivo que resulta suficiente que dichos extremos se acrediten al Juez para que quepa anotar preventivamente (R. 09.06.2009)», lo que no resulta del expediente.

—«Tampoco consta si el procedimiento se sigue contra la herencia por deudas de los causantes o de los causahabientes, lo cual es necesario al efecto de aplicar las consecuencias distintas que para uno y otro supuesto se prevén en el art. 166.1 RH». La Dirección analiza marginalmente la distinta calificación registral de tres supuestos: a) procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido antes o durante el procedimiento («deberá acreditarse al Registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al art. 16 LEC»); b) procesos ejecutivos por deudas de los herederos ciertos y determinados del titular registral («... que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.2 RH»); c) procesos ejecutivos por deudas de herederos indeterminados –herencia yacente– del titular registral («o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente», como se ha dicho en muchas resoluciones). En el caso concreto no consta de cuál de los dos últimos casos se trata, y no se cumplen los requisitos de ninguno de los dos.

R. 06.06.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Tavernes de La Valldigna) (BOE 23.12.2011).

II.2. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE JULIO DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Propiedad horizontal: La asignación de espacios de garaje o trastero a cuotas de dominio no puede hacerse unilateralmente

Propiedad horizontal: La asignación de espacios de garaje o trastero a cuotas de dominio requiere descripción pormenorizada

«En el Registro figura inscrita una determinada cuota indivisa de un inmueble destinado a garaje; en virtud de título de herencia se transmite dicha participación y se pretende que se inscriba la atribución del uso exclusivo de una determinada plaza de garaje y trastero, fijada exclusivamente por el adquirente de dicha cuota, sin que conste el consentimiento de los demás cotitulares y sin especificar sus linderos, superficie útil, dimensión perimetral y descripción de elementos comunes». Ambos requisitos, consentimiento y descripción, son necesarios: 1. Por una parte, «si se quiere modalizar la comunidad existente sobre el garaje, pasando de una comunidad ordinaria (arts. 392 y ss. C.c.) a una comunidad especial con asignación de uso de plazas determinadas, deberán prestar su consentimiento todos los copropietarios, dado el carácter de acto de alteración de la comunidad que significa (art. 397 C.c.)»; esto no se contradice con la R. 22.07.2009, que «aludía a un supuesto en que ya estaba delimitada la comunidad especial vía estatutaria y existía reserva de la facultad de realizar la delimitación cuestionada en favor del promotor para ejercerla conjuntamente con el adquirente de la cuota indivisa a la que se asigne el uso de la plaza de garaje o del trastero». 2. Por otra, la descripción pormenorizada la exige el art. 53.b RD. 1093/04.07.1997 (aun cuando no sea aplicable a supuestos anteriores); como señalaron las R. 08.05.1995, 26.04.1996 y R. 05.01.1998, «la fijación de determinadas cuotas indivisas, como consecuencia de la pretendida división de un local-garaje que forma parte de una propiedad horizontal, no da lugar a que dichas cuotas puedan ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal»; para ello es precisa «la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecte ese derecho singular y exclusivo de propiedad, y en cuyo goce se concrete esa participación abstracta. Caso de faltar esa delimitación, las cuotas que se señalen por el propietario único del local carecerán de sustantividad jurídica actual que permita diferenciarlas entre sí, por mucho que a cada una de ellas se le asigne un número».

R. 19.07.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Barcelona-6) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19116.pdf>

II.3. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE JULIO DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Separación y divorcio: Las adjudicaciones de bienes no matrimoniales deben hacerse en escritura pública

La Dirección reitera su doctrina de que «es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de

dicho convenio», es decir, sin escritura pública; pero reitera también (como en R. 25.10.2005 o R. 22.03.2010), que «sin que [esta doctrina] pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida»; al exigir el art. 3 LH que los títulos inscribibles estén consignados *en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico*, «no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse». Y así, se rechaza la inscripción del testimonio de sentencia cuando se adjudica a la esposa la vivienda familiar que se dice perteneciente a la sociedad de gananciales por compra, pero que consta inscrita a nombre de ambos esposos por mitades indivisas con carácter privativo, por compra en estado de solteros.

R. 29.07.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Madrid-22) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19117.pdf>

II.4. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)

Inmatriculación: Hay doble título inmatriculador aunque se produzcan modificaciones registrales de las fincas

Se debe resolver si en el caso planteado concurre un doble título inmatriculador conforme al art. 298.1 RH, «si es o no posible inmatricular una finca vendida por quien adquirió por herencia tres fincas, considerando que se produjeron previamente a la venta ciertas modificaciones hipotecarias y que por tanto lo comprado y vendido es ya distinto de lo heredado». «Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, con relación al art. 205 LH, que debe coincidir en el título previo y en el título traslativo que sirve de título inscribible para la inmatriculación, la descripción de la finca cuya inscripción se pretende (cfr. R. 13.09.2002 y R. 02.06.2005). Pero también se ha señalado (R. 19.05.2005) que [...] ningún inconveniente habría en que la inmatriculación recaiga sobre la porción segregada o bien el resto de finca matriz, pues es la transmisión ulterior de dicho resto la que provocaría tal inmatriculación y siempre que se acredite el título público anterior del transmitente, aunque recaiga sobre la totalidad de la finca matriz [...], estando clara la permanencia de los linderos y la superficie entre la matriz y las fincas que se forman por segregación de la misma [...] el doble título se da, aunque no con la descripción y superficie y certificación catastral que corresponde a cada una de las fincas dadas las operaciones de segregación, agrupación y agregación que se realizan [...] sin perjuicio de que posteriormente se adecuen los datos catastrales a la nueva descripción registral».

R. 06.08.2011 (Marcalevi, S.L., contra Registro de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda) (BOE 23.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/23/pdfs/BOE-A-2011-20069.pdf>

II.5. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)

Rectificación del Registro: Requiere consentimiento del titular o resolución judicial

Régimen económico matrimonial: Debe indicarse si es el legal o el convencional cuando se otorga en territorios de régimen distinto

Régimen económico matrimonial: Puede rectificarse el carácter del bien inscrito por conclusión notarial sobre las manifestaciones de los interesados

«Inscrito un inmueble por mitad y pro indiviso a favor de dos cónyuges en virtud de escritura de compraventa en la que manifestaron estar sujetos a régimen económico matrimonial catalán de separación de bienes, en la escritura ahora presentada de liquidación de gananciales y manifestación de herencia, la viuda, en su propio nombre y como heredera del premuerto, solicita la rectificación de los asientos registrales para hacer constar que en realidad estaban casados en régimen de gananciales». La Dirección, con cita de sus R. 02.02.2005 y R. 19.12.2006, recuerda que la rectificación de asientos exige el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya a algún derecho, o bien resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (cfr. art. 40 LH); si bien (R. 05.05.1978, R. 06.11.1980, R. 10.09.2004 y R. 13.09.2005), «cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es precisa la aplicación del art. 40.d LH, pues bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido». En el caso concreto, «no cabe duda de que el cónyuge sobreviviente, al reunir la condición de titular registral de una mitad indivisa y ser heredero del cónyuge premuerto, titular registral de la restante mitad indivisa, puede realizar la rectificación del asiento, al no existir otros titulares de derechos inscritos que puedan ser perjudicados, sin ser necesario por tanto acudir a medios supletorios de acreditación fehaciente». Sin embargo, «lo que no cabe es una manifestación genérica del régimen económico matrimonial, sin especificar si es el legal supletorio o el convencional» (ver R. 15.06.2009 y R. 05.03.2010) [...] Establece el art. 159 RN que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos [...], concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia». Finalmente, frente a la última objeción del registrador, dice la Dirección que «lo que no puede compartirse es que el art. 95.6 RH, relativo a confesiones de privatividad posteriores a la inscripción, que no pueden ser variadas con posterioridad, impida la rectificación de un asiento inexacto. Consecuentemente con lo señalado, no basta una mera manifestación por el cónyuge sobreviviente heredero del premuerto [...], sino que en el propio título debe ser una conclusión a la que llegue el propio notario autorizante derivada de aquellas manifestaciones».

R. 23.08.2011 (Notario Miguel-Ángel Benavides Almela contra Registro de la Propiedad de Vélez Málaga – 2) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18695.pdf>

II.6. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)

Urbanismo: Necesita licencia municipal la venta de parte indivisa de suelo rústico (Andalucía)

«Se plantea en el presente recurso la cuestión de si la venta de una participación indivisa sobre una finca rústica puede o no considerarse parcelación que precise el otorgamiento de la correspondiente licencia»; se dan las circunstancias de que hay presentadas otras diecinueve escrituras similares que prácticamente agotan la finca y que consta un escrito del Ayuntamiento en el que se comunica al Registro que todas las transmisiones ínter vivos de la finca son reveladoras de una posible parcelación ilegal. La Dirección reitera la doctrina de otras resoluciones anteriores (ver, por ejemplo, R. 12.07.2010), en el sentido de que «es la propia legislación sustantiva que resulte aplicable, la que ha determinar qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, teniendo en este tema el RD. 1093/1997, que complementa al Reglamento Hipotecario, un carácter meramente adjetivo»; y, según el art. 66 L. 7/17.12.2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, cualquier acto de parcelación urbanística precisará la licencia urbanística; pero en él, el concepto de parcelación urbanística alcanza «la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos». Por otra parte, «la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística; ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria del hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tácita». Las circunstancias del caso sugieren, como prevé el art. 79 RD. 1093/04.07.1997, duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población.

R. 24.08.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera) (BOE 23.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/23/pdfs/BOE-A-2011-20070.pdf>

II.7. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 25 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)

Anotación preventiva de embargo: Ejecución: Después de la adjudicación no puede inscribirse el título otorgado por el ejecutado

Se trata de «una escritura de compraventa otorgada por el anterior titular registral y presentada en el Registro cuando la finca transmitida se halla inscrita a favor del adjudicatario del procedimiento administrativo de apremio seguido en la Tesorería General de la Seguridad

Social contra dicho transmitente». Los principios registrales de legitimación, tracto sucesivo y prioridad, de arts. 38, 20 y 17 LH, obligan a denegar la práctica de asientos sobre una finca derivados de un título que, cuando se presenta en el Registro, aparece inscrita a favor de persona distinta de aquella que otorga el título presentado; «desde la perspectiva jurídico-procesal debe mantenerse el mismo criterio, como se deduce de la regulación legal de la tercería de dominio en los arts. 132-135 RD. 1415/11.06.2004, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (la tercería debe interponerse antes de ser consumada la venta de los bienes o de su adjudicación en pago) o del art. 594.1 LEC (*El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz...*); lo que no puede ser alterado en «un procedimiento como el registral, que no es contradictorio y en el que el rematante y actual titular registral no tiene posibilidad de alegación y prueba en favor de su derecho».

R. 25.08.2011 (Serviproject del Vallés, S.L., contra Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts – 1) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18696.pdf>

II.8. RESOLUCIÓN DE LA DGRN 26 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)

Obra nueva: La declarada por el autopromotor de vivienda unifamiliar debe contener declaración sobre esas circunstancias

Se trata de una acta de fin de obra de una vivienda unifamiliar; no se acredita ni manifiesta que el requirente es un autopromotor individual de la vivienda objeto de la declaración de obra nueva, ni que ésta se destinará a uso propio. La Dirección repasa el régimen del seguro en la declaración de obra nueva, y su exención en la disp. adic. 2 L. 38/05.11.1999, de Ordenación de la Edificación, para el caso del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio; y dice que ambos requisitos, objetivo y subjetivo, única vivienda unifamiliar y uso propio, deben concurrir; lo que se exige es «un seguro de daños, que no requiere necesariamente de la existencia de un tercero como beneficiario distinto del propio asegurado», y no un seguro de responsabilidad civil; de ahí su «carácter obligatorio para el promotor, incluso antes de que se produzca la primera transmisión ínter vivos, [lo que] se explica también por su afectación al interés de terceros, como son los restantes agentes que intervienen en el proceso de la edificación y los acreedores hipotecarios [...]: el concepto de autopromotor individual ha de interpretarse en contraposición al promotor colectivo que contempla la propia ley»; y en cuanto al uso propio, «puede entenderse cumplido el requisito de su acreditación con la manifestación del promotor en tal sentido, siempre que no quede desvirtuada por ningún otro elemento documental [como en el caso de la R. 09.05.2007], [... pero] no es suficiente que la vivienda sea unifamiliar sin mención alguna respecto al uso propio o ajeno a que se destina»; además, los dos requisitos «tienen que concurrir en el momento de la terminación de la obra y no antes», por lo que no bastan las declaraciones hechas en la declaración de obra nueva en construcción.

R. 26.08.2011 (Notaria María-Pilar López Martínez contra Registro de la Propiedad de Tarancón) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18697.pdf>

II.9. RESOLUCIÓN DE LA DGRN 29 DE AGOSTO DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)

Propiedad horizontal: Las cuotas de condominio de un local no pueden venderse como garajes y trasteros independientes

Se trata de una escritura de elevación a público de un contrato privado de compraventa; se venden una plaza de garaje y un trastero, «descritas de manera individualizada, concreta y detallada con expresión de su forma linderos, superficie y cuota de participación, tanto en el local del que forman parte como en el edificio al que pertenecen, y sin limitación en cuanto a la extensión del derecho sobre dicho espacio al uso exclusivo y excluyente del mismo (cfr. arts. 68 RH y 53.2 RD. 1093/04.07.1997)»; pero del Registro resulta que el local destinado a garaje y trasteros es departamento independiente de una propiedad horizontal, y no está dividido en plazas de garaje y trasteros como elementos independientes, sino inscrito a favor de varios propietarios por participaciones indivisas, con concreción, en cuanto a algunas de ellas, en determinadas plazas de garaje y un trastero. El registrador señala dos defectos: «Falta de previa inscripción a favor de la parte vendedora de los garajes con la configuración jurídica y física que resulta del título, porque la parte vendedora sólo es titular en régimen de comunidad romana de una participación indivisa de la finca»; y «no precisarse las participaciones indivisas que son objeto de la venta con datos matemáticos que permitan conocerlas indudablemente». La Dirección confirma la calificación registral: en cuanto al primer defecto, «el derecho transmitido implica una verdadera división del local transmitido que exige su previa inscripción a favor de la parte transmitente con dicho contenido y extensión y con el consentimiento tanto de los restantes copropietarios como de la junta de propietarios (vid. R. 06.09.2002 y R. 13.10.2009)»; en cuanto al segundo, sobre «la exacta determinación del derecho transmitido (vid. R. 21.06.1991, R. 30.09.2005 y R. 13.02.2007), ésta no puede derivarse de meras conjeturas u operaciones aritméticas cuando además no aparece precisada con la debida claridad si la cuota asignada a cada elemento que se transmite se refiere a la titularidad en el derecho transmitido o a la forma de contribuir a los gastos de cada uno de sus elementos en las fincas de las que forma parte, pues ambas no siempre tienen por qué coincidir (cfr. arts. 3 y 5 LPH, 8.4 LH, y 396 C.c.)».

R. 29.08.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Sevilla-2) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18698.pdf>

II.10. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 01 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)

Exceso de cabida: Dudas sobre identidad de la finca en el acta de presencia y notoriedad

Se trata de una acta de presencia y notoriedad para inscribir un exceso de cabida, ante la que el registrador objeta dudas sobre la identidad de la finca. La Dirección reitera una vez más su doctrina de que la inscripción del exceso de cabida sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral y no encubrir el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante

adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación». Y añade que «es preciso que no existan dudas sobre la identidad de la finca (cfr. art. 298, inciso último, RH)»; si bien, «las dudas sobre la identidad de la finca deben estar justificadas, es decir, fundamentadas en criterios objetivos y razonados». En este caso, las considera justificadas: si bien no es significativo que la medición realizada por el técnico no se ajuste plenamente a la reflejada por catastro, ni que la referencia catastral sea diferente a la que consta actualmente en el Registro (toda vez que en el Registro sólo se contiene la referencia catastral «relativa a la finca matriz»), sí pueden valorarse como dudosas otras circunstancias: la «notable discrepancia entre la cabida inscrita y la actual» (un 429,81% más); que «la finca proceda de una segregación y se exprese ya en el Registro con exactitud –hasta con decimales– su superficie, a pesar de que dicha segregación se remonte al año 1934»; o que no se haya citado a todos los colindantes (ver R. 02.02.2010).

R. 01.09.2011 (Construcciones y Reformas Montalbán, S.L., contra Registro de la Propiedad de Torrijos) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18699.pdf>

II.11. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)

Herencia: Posibilidad de inscripción en procedimiento seguido contra herederos indeterminados del titular

Reanudación del tracto: Procede por sentencia en juicio declarativo si han sido demandados los titulares intermedios

En el caso de una sentencia declarativa de dominio dictada en procedimiento seguido en rebeldía de la parte demandada (el titular registral y los herederos del mismo), la Dirección reitera en el sentido indicado la doctrina de otras resoluciones anteriores:

–Por una parte, «como señaló la R. 11.07.2008 cabe acudir a un juicio verbal declarativo del dominio con efectos de reanudación del tracto, pero para ello es preciso que sean demandados, no sólo los titulares registrales, sino quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante, y en que se pidiese la declaración de la realidad, validez y eficacia de todos esos títulos traslativos intermedios».

–Por otra, reitera la doctrina sobre calificación registral de documentos judiciales (ver, por ejemplo, R. 16.08.2010) y que «el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y el principio del tracto sucesivo (cfr. art. 20 LH) no permiten extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él».

–Finalmente (ver R. 27.07.2010 y R. 10.01.2011), entiende que la antigua exigencia de que se nombre por el juez un administrador que represente a la herencia yacente (ver R. 24.02.2006) no debe convertirse en «una exigencia formal excesivamente gravosa», sino «limitarse a aquéllos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente» (ver S. 07.04.1992, S. 07.07.2005, S. 12.06.2008 y S. 27.07.2010). Pero precisa que, «conforme a la doctrina jurisprudencial más reciente, para que no sea exigible el emplazamiento a través del administrador judicial, será necesario haber demandado a algún posible llamado a la herencia con poder para actuar en

nombre de los ausentes o desconocidos sin que baste el llamamiento genérico por edictos a herederos ignorados (véase S. 27.12.1994) [...]; no será necesario tal emplazamiento cuando se haya demandado a un posible heredero que pueda actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos».

R. 02.09.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Briviesca) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18700.pdf>

II.12. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 03 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)

Separación y divorcio: Las adjudicaciones de bienes no matrimoniales deben hacerse en escritura pública

Se presenta en el Registro «testimonio de sentencia dictada en procedimiento de separación que aprueba el convenio regulador»; en él, respecto de la finca que había constituido la última vivienda familiar (inscrita a favor de los cónyuges por mitades indivisas), le dan carácter ganancial y en la liquidación la adjudican a uno de ellos. La registradora considera que «falta como título previo la escritura de aportación a la sociedad de gananciales». La Dirección reitera su doctrina de que es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio»; pero, como en R. 25.10.2005, precisa que «esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 C.c.), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia [...]; al exigir el art. 3 LH para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse [...] (cfr. RO. 13.12.1867 y R. 16.01.1864; R. 25.07.1880; R. 14.06.1897; R. 12.02.1916; R. 31.07.1917, y R. 01.07.1943, entre otras); [...] y no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio».

R. 03.09.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Brihuega) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18701.pdf>

II.13. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)

Cancelación: Requiere consentimiento del titular o sentencia contra él

Recurso gubernativo: Sólo procede contra la nota de suspensión o denegación, no cuando se practica el asiento

«La cuestión a resolver en el presente recurso es la de si se puede cancelar una inscripción en virtud de una instancia privada por la que se alega omisión del trámite de audiencia en el

procedimiento de ejecución e incongruencia en el mandato contenido en el auto de adjudicación que causó la inscripción cuya cancelación se solicita [...] La respuesta debe ser negativa. En efecto, como señala el registrador en su nota, es doctrina reiterada de esta Dirección General que, tratándose de inscripciones ya efectuadas y encontrándose los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales con arreglo al art. 1 LH, su modificación o cancelación sólo podrá realizarse mediante el consentimiento del o de todos los titulares registrales que se encuentren legítimamente acreditados (art. 3 LH), o bien mediante una resolución judicial recaída en juicio declarativo contra los mismos (vid. también arts. 82, 214 y 217 LH). En caso contrario se produciría una situación de indefensión de tal titular, proscrita por el art. 24 C.E.»

R. 13.09.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera) (BOE 23.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/23/pdfs/BOE-A-2011-20071.pdf>

II.14. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Anotación preventiva de demanda: Es anotable, no inscribible, la sentencia dictada en rebeldía

Condición resolutoria: La cancelación de cargas posteriores requiere demandar a sus titulares

«Se presenta en el Registro mandamiento judicial, en unión de testimonio de sentencia y auto de aclaración en los que se declara, en rebeldía de su titular, que es el demandado, la resolución de un derecho de superficie inscrito, así como la extinción de todas las cargas correspondientes [...] En el Registro figura constituida por el superficiario una hipoteca cuyo titular no ha sido notificado en el procedimiento». La registradora suspende la inscripción por «no constar que hayan transcurrido los plazos que la Ley concede a los demandados rebeldes» y por «no haber sido notificado el procedimiento al acreedor hipotecario». La Dirección reitera una vez más su doctrina sobre calificación registral de actuaciones judiciales «(cfr., por todas, la R. 09.0.2011)», y confirma la calificación registral: 1. Por una parte «(vid., por todas, la R. 06.10.2008), cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme la sentencia, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde; todo ello sin perjuicio de que pueda tomarse la anotación preventiva a que se refiere el art. 524 LEC». 2. Por otra, «(véase R. 23.03.2010), no ha de concluirse necesariamente que los titulares de cargas posteriores hayan de soportar cualquier acto de admisión del incumplimiento o de los demás presupuestos de la resolución o de cancelación, pues de lo contrario, y sin su intervención, se podrían concertar acuerdos sobre aquélla en menoscabo de la posición que les corresponde, como ocurriría en los casos de renuncia [...] En la medida que no es una causa automática – como sería el transcurso del plazo – [se había pactado que el impago de tres plazos sería causa de resolución del contrato], y dado que puede existir la obligación de consignación, o cualquier otra causa obstativa que hubiera podido alegar el acreedor hipotecario como consecuencia de la resolución del derecho de superficie hipotecado, debe concluirse la necesidad de llamamiento al proceso de los titulares de cargas posteriores. Solamente hubiera podido hacerse la resolución sin notificación al acreedor hipotecario si se hubiera anotado la demanda de resolución y la hipoteca hubiera sido posterior a dicha anotación».

R. 27.09.2011 (Naves la Teulera, S.L., contra Registro de la Propiedad de Dénia-2) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19118.pdf>

II.15. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Reanudación del tracto: Procede por sentencia en juicio declarativo si han sido demandados los titulares intermedios

Reanudación del tracto: Debe constar en el expediente el título de adquisición

Se trata de una «sentencia por la que, en juicio ordinario seguido contra el titular registral y otros, se declara la propiedad de una finca a favor del demandante, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de la finca, la inscripción a nombre de aquél y la cancelación de las inscripciones contradictorias». La Dirección reitera en el sentido indicado la doctrina de otras resoluciones anteriores (R. 02.09.2011 y R. 21.11.2007): 1. «La sentencia dictada en procedimiento declarativo sólo valdría para reanudar el tracto en el supuesto en que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante, y en que se pidiese la declaración de la realidad, validez y eficacia de todos esos títulos traslativos intermedios. Además en este caso, como puede advertirse, lo que se estaría haciendo al inscribir la sentencia sería inscribir todos los títulos intermedios, con lo que el supuesto no sería propiamente reanudación de un tracto interrumpido». 2. «Debe concretarse cuál es el título por el que se adquirió su derecho. En el Registro se inscriben actos o contratos de transcendencia real (cfr. arts. 1 y 2 LH), y así lo exige la distinta protección del derecho, según que la adquisición se haya realizado a título oneroso o gratuito».

R. 28.09.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Mogán) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19119.pdf>

II.16. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)

Descripción de la finca: No debe generar dudas sobre la identidad de a finca

Rectificación del Registro: Modificación de descripción de la finca basada en el Catastro

«La cuestión que se plantea en el presente recurso, basada en una previa cuestión más fáctica que jurídica, consiste en decidir si las diferencias descriptivas respecto de la finca, entre las que figuran en el título calificado y las que constan en el Registro señaladas por la registradora, son o no de entidad suficiente para generar dudas acerca de la identidad de la finca» («la nueva descripción que se pretende inscribir presenta diferencias muy importantes con la que resulta del Registro», especialmente en cuanto a los linderos, aunque se mantiene la superficie). La Dirección hace unas observaciones generales en el sentido de que la omi-

sión o discrepancia de algunos datos «no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción, salvo que dicha omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito y el que según el título se transmite [...] El acceso al Registro de los títulos exige que la descripción que en ellos se contenga de la finca objeto del correspondiente acto o negocio jurídico permita apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido (cfr. R. 11.10.2005)». Para discrepancias más sustanciales, «el art. 53.8 L. 13/30.12.1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, determina que la rectificación de la cabida de una finca, o la alteración de sus linderos cuando éstos sean fijos o de tal naturaleza que existan dudas de la identidad de la finca, podrá realizarse con base en una certificación catastral descriptiva y gráfica, siempre que, entre la descripción de la finca en esta certificación y la que conste en el Registro, pueda deducirse la identidad de la finca», y prevé también la rectificación por «acta de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a misma escala que la que obre en el Catastro, e informe de técnico competente sobre su medición, superficie y linderos, debiendo ajustarse dicha acta en su tramitación a lo prevenido en el art. 203 LH a excepción de lo previsto en su regla octava». Todo esto queda «confirmado por la L. 2/04.03.2011, de Economía Sostenible, por cuanto la incorporación a los asientos de la descripción resultante de la certificación catastral descriptiva y gráfica sólo podrá llevarse a efecto si el registrador de la propiedad, a través de la calificación que realice de acuerdo con los procedimientos establecidos por la legislación hipotecaria, aprecia la debida identidad con la finca registral. Así se deduce de distintos artículos del RDLeg. 1/05.03.2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario». En el caso concreto, «las rectificaciones se realizan según las manifestaciones que realizan los comparecientes a partir de un informe emitido por arquitecto colegiado, sin cumplimentarse las exigencias legales a las que se refieren los párrafos anteriores de esta resolución», por lo que se desestima el recurso.

R. 29.09.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Madrid-48) (BOE 23.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/23/pdfs/BOE-A-2011-20072.pdf>

II.17. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2011M (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)

Expropiación forzosa: Transmisión del derecho de reversión

«En el presente expediente se pretende la inscripción de una reversión a favor de un tercero, distinto al titular expropiado, de una finca respecto de la cual no consta inscrita previamente la expropiación de la que se ha obtenido dicha reversión». La Dirección señala que legalmente está reconocida la posibilidad de transmisión de tal cualidad [de titular de la reversión], puesto que el derecho de reversión se reconoce a favor del expropiado y de sus causahabientes (cfr. art. 54 L. 16.12.1954, de Expropiación Forzosa), por lo que los derechos que atribuye tal cualidad son perfectamente inscribibles por gozar de la inmediatez y eficacia erga omnes de todo derecho real». Pero «para que el derecho de reversión se produzca en favor de persona distinta del expropiado, deberá acreditarse la transmisión de tal derecho por parte de éste, cumpliendo las exigencias generales de tracto sucesivo [...] En el presente expediente, resulta que la finca objeto de reversión aún se encuentra inscrita a favor del particular expropiado –que ade-

más es diferente del reversionario— por lo que procede denegar la inscripción solicitada en tanto no se obtenga la referida previa inscripción o, cuando menos, se aporte, a modo de tracto abreviado, el título de la expropiación con todos los requisitos legalmente exigidos. De otro modo se estaría tabularmente privando de una finca al titular registral sin su legítima intervención, conculcando así el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos contenido en el art. 24 C.E.».

R. 30.09.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Córdoba-6) (BOE 23.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/23/pdfs/BOE-A-2011-20073.pdf>

II.18. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)

Bienes gananciales: La resolución de una adquisición a cambio de alimentos requiere la intervención de los dos cónyuges

Inscrita una finca en favor del cesionario con carácter ganancial y con obligación de prestar alimentos a los cedentes, se plantea ahora si en la escritura de resolución de la cesión, por imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones contraídas, basta la intervención de los cedentes y del cesionario, o es preceptiva la participación del cónyuge de éste. Dice la Dirección que, «habiéndose verificado por medio del contrato realizado por uno solo de los cónyuges una adquisición de bien ganancial, este bien debe quedar sometido, en cuanto a su gestión, a las reglas que para los bienes gananciales se establecen en la Ley»; y resuelve que, «si la única prueba del cumplimiento de la condición es la aseveración o declaración de las partes al respecto [no hay una resolución automática], resulta que esa aseveración o declaración produce como consecuencia la salida del bien del patrimonio ganancial, debiendo por tanto ser considerada como dispositiva y, en consecuencia, sometida a la regla de general de la disposición conjunta [...] exige la intervención de ambos cónyuges».

R. 30.09.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Pontedeume) (BOE 23.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/23/pdfs/BOE-A-2011-20074.pdf>

II.19. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)

Reanudación del tracto: Debe constar cómo se ha notificado al titular de menos de 30 años de antigüedad

Se debate sobre «el auto dictado en un expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo interrumpido, existiendo en el Registro una inscripción contradictoria de menos de treinta años de antigüedad y resultando del auto que han sido infructuosos todos los intentos de localización de la titular de la reseñada inscripción». La Dirección repite su doctrina sobre calificación registral de documentos judiciales y sobre el principio de tracto sucesivo del art. 20

LH como garante del principio de proscripción de la indefensión del art. 24 C.E.; y señala «el carácter excepcional y supletorio de este expediente respecto de los supuestos de rectificación de inexactitud registral contemplados en la legislación correspondiente (cfr. art. 40.a LH)». Con relación al caso, dice la Dirección que el art. 202 LH es claro cuando exige, para el caso de que las inscripciones contradictorias sean de menos de treinta años de antigüedad, que *el titular de las mismas o sus causahabientes hubieren sido oídos en el expediente*; cierto que a continuación dice que *si el titular del asiento contradictorio de menos de treinta años de antigüedad o sus causahabientes no comparecieren después de haber sido citados tres veces –una de ellas, al menos, personalmente–, se les tendrá por renunciantes a los derechos que pudieran asistirles en el expediente, y éste será también inscribible*; pero entonces «es necesario que resulte de la documentación presentada en qué forma se han practicado las notificaciones para que el registrador pueda calificar que las mismas se han realizado en la forma prevista por las normas».

R. 06.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Jávea-1) (BOE 29.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/29/pdfs/BOE-A-2011-20502.pdf>

II.20. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)

Crédito refaccionario: Para su anotación es necesario que las obras no se hallen terminadas

Se discute si puede «practicarse la anotación preventiva de determinado crédito refaccionario cuando ya se ha hecho constar en el Registro de la Propiedad la finalización de las obras que son objeto de la refacción». La Dirección entiende que el concepto amplio de crédito refaccionario actualmente sostenido por el Tribunal Supremo «no puede llegar al extremo de soslayar el requisito temporal que, a efectos de su protección registral, se exige inequívocamente en la legislación hipotecaria (cfr. las R. 19.02.1896 y R. 09.06.1911, según las cuales es requisito indispensable para la práctica de la anotación que las obras no se hallen terminadas)» (ver arts. 42.8 y 92 LH).

Sobre ese «concepto amplio», la Dirección dice que «puede afirmarse que se considera crédito refaccionario el contraído en la construcción, conservación, reparación o mejora de una cosa, generalmente un inmueble. Tradicionalmente se ha exigido a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada. Y, según la evolución jurisprudencial, el crédito deriva de la anticipación de dinero, material o trabajo con dicha finalidad». Y la doctrina jurisprudencial es la de S. 21.07.2000, según la cual «el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros negocios que contribuyan de forma directa al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario. Por otro lado, la palabra anticipar, empleada por el art. 59 LH para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra [el art. 60 LH se refiere al *dinero o efectos en que consistan los mismos créditos*]. Con dicha sentencia, el Tribunal Supremo se aparta de anteriores pronunciamientos en los que se mantenía el llamado concepto estricto de

crédito refaccionario, el cual se ceñía exclusivamente al derivado de un contrato de préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio».

R. 10.10.2011 (Gestiona Obras y Proyectos, S.L., contra Registro de la Propiedad de Alzira-1) (BOE 29.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/29/pdfs/BOE-A-2011-20505.pdf>

II.21. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)

Descripción de la finca: Los títulos inscribibles han de tener una descripción precisa y completa de los inmuebles

En una certificación administrativa de adjudicación de una finca urbana en expediente de apremio, se describe el inmueble, pero se aportan otros documentos de los que resultan superficie y número de referencia catastral sustancialmente distintos. La Dirección reitera la doctrina de otras resoluciones (por ejemplo, R. 07.01.1994), en el sentido de que «el principio de especialidad y la concreta regulación legal en esta materia (arts. 9 y 30 LH y 51 RH) exigen la descripción de la finca en el título que pretenda el acceso al Registro de la Propiedad», de modo que los inmuebles «queden suficientemente individualizados e identificados». Ciertamente, «cuando los títulos hacen referencia a inmuebles ya inscritos, la omisión o discrepancia en ellos de algunos de los datos descriptivos con que éstos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción [cita la R. 21.04.2010], [... pero] dicho obstáculo existirá cuando la omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito y el que según el título se transmite.», como ocurre en el caso resuelto.

R. 11.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Celanova) (BOE 29.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/29/pdfs/BOE-A-2011-20506.pdf>

II.22. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)

Hipoteca: Cancelación: La caducidad se cuenta desde el vencimiento total de la obligación

En acta notarial se solicita la cancelación por caducidad de una hipoteca constituida en garantía de determinadas obligaciones que vencían en 1989, pero se había pactado que en caso de impago se prorrogaría la obligación de pagar de año en año, hasta un máximo de diez. Para la cancelación por caducidad del art. 82.5 LH «es necesario que *haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro*, plazo al que en el mismo precepto legal añade el año siguiente...»; como indicaba la R. 30.06.2011, «han de resultar de manera indubitada del Regis-

tro los datos que permitan constatar, sin margen de duda, el transcurso de los plazos que posibilitan la cancelación al amparo del citado precepto»; pero en este caso, como en el de la R. 15.02.2010, «no concurre el presupuesto temporal de dicha caducidad o extinción legal, al no haber transcurrido el plazo de veinte años que para la prescripción de la acción hipotecaria establecen los arts. 1964 C.c. y 128 LH», que ha de contarse desde el fin de la prórroga pactada.

R. 14.10.2011 (Iberia Real Estate, S.A., contra Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz) (BOE 29.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/29/pdfs/BOE-A-2011-20507.pdf>

II.23. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Sociedad limitada: Fusión: Son inscribibles los actos otorgados por la sociedad absorbida antes de la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil

Concurso de acreedores: La inscripción de actos otorgados por el concursado según el convenio no exige la cancelación de la anotación de concurso

En cuanto a los actos otorgados por la sociedad absorbida antes de la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil, se reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 20.09.2011.

En cuanto a la compraventa otorgada por una sociedad concursada, «acreditada fehacientemente la aprobación del convenio del concurso de la compañía transmitente mediante sentencia firme de fecha anterior a la enajenación, y no resultando del convenio medida alguna limitativa de las facultades dispositivas de la sociedad concursada (que por otra parte se sometería al régimen del art. 137 L. 22/09.07.2003, Concursal, que no impide el acceso al Registro de los actos contrarios), no puede sostenerse que exista impedimento alguno para inscribir la transmisión efectuada por razón de la situación de concurso. No es necesario cancelar expresamente la anotación de concurso por mandamiento judicial, pues la situación de concurso seguirá hasta el cumplimiento del convenio y hasta que exista resolución judicial expresa al efecto (cfr. art. 177 L. 22/2003)».

R. 13.10.2011 (Notario Ciriaco Corral García contra Registro de la Propiedad de Inca-2) (BOE 01.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/01/pdfs/BOE-A-2011-18876.pdf>

II.24. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Rectificación del Registro: La rectificación por errores en la copia inscrita no requiere consentimiento de los titulares registrales

En una nueva copia de la escritura inscrita se rectifican errores sustanciales de la copia anterior. El registrador considera que para la rectificación del Registro es necesario el consenti-

miento de los titulares registrales. Pero dice la Dirección que «hay que distinguir entre inexactitud registral y error del Registro. Inexactitud es toda discordancia entre Registro y realidad extrarregistral (cfr. art. 39 LH); el error existe cuando el registrador, al trasladar al Registro los datos que constan en los documentos que se emplean para la inscripción, incurre en alguna equivocación, material o conceptual. En el supuesto de hecho planteado no existe error del Registro y la inexactitud es motivada por un error en la copia del título inscrito [...] el art. 243 RN permite la rectificación de errores advertidos en la copia de manera sencilla sin necesidad de nuevo consentimiento de los interesados»; en realidad, «el consentimiento para la inscripción de la hipoteca en los términos que figuran en la matriz ya ha sido prestado». Y todo ello, sin perjuicio de que «obviamente, en el caso de existir terceros titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción rectificadora [...] la rectificación tendrá el límite de que en ningún caso podrá perjudicar los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto (cfr. arts. 40 in fine y 144 LH)».

R. 15.10.2011 (Notario Gerardo Torrecilla Casitas contra Registro de la Propiedad de Murcia-6) (BOE 01.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/01/pdfs/BOE-A-2011-18877.pdf>

II.25. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 17 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)

Exceso de cabida: Es una rectificación de superficie y no permite encubrir una inmatriculación

Exceso de cabida: La inscripción del exceso exige que no haya dudas sobre la identidad de la finca

La Dirección reitera una vez más su doctrina de que «la registración de un exceso de cabida 'stricto sensu' sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral [...] Fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional [...] Precisamente por ello, el art. 298.3.5 RH, exige para la inscripción de un exceso de cabida que el registrador no tenga dudas sobre la identidad de la finca, lo cual ha reafirmado este Centro Directivo en numerosas ocasiones (cfr. R. 19.02.2008 y R. 10.03.2010) [...] En el presente caso, la importancia del exceso de cabida en relación con la superficie previamente inscrita de la finca, la simultánea modificación de varios de sus linderos, y la existencia de un informe oficial expedido por el Servicio Provincial de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón en Huesca desfavorable a la inmatriculación del exceso [...], descartan que las dudas del registrador puedan tacharse de arbitrarias o infundadas».

R. 17.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Barbastro) (BOE 04.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/04/pdfs/BOE-A-2012-106.pdf>

II.26. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Derecho notarial: Diferencia entre escrituras y actas

Recurso gubernativo: El registrador no debe trasladar el recurso a interesados distintos del funcionario que expidió el título

1. Renuncia de derechos hereditarios.– La esposa del causante, que éste instituyó heredera con preterición de sus hijas, se adjudica la herencia; las hijas aceptan el contenido del testamento y renuncian a su impugnación; pero una de ellas lo hace en «acta notarial de manifestaciones». El registrador considera que el documento público en el que debe constar la renuncia a los derechos hereditarios según el art. 1280 C.c. debe ser escritura pública y no acta notarial. La Dirección examina las diferencias entre escritura (declaraciones de voluntad...) y acta (hechos que no puedan calificarse de actos y contratos...) según los arts. 17 LN y 144 RN, y dice que, «aun cuando, salvo excepciones, las actas no requieren fe de conocimiento ni les son aplicables en principio las reglas sobre juicio de capacidad del requirente, nada impide que formalmente contengan dación de fe del notario sobre la identificación del compareciente así como la emisión del juicio notarial de capacidad [...]; contenido y forma pueden ser, por tanto, los propios de una escritura, en cuanto expresivos de una determinada declaración de voluntad negocial, que es de lo que el notario da fe, sin que la calificación como 'acta de manifestaciones' permita considerar que alcanza a desvirtuar la verdadera naturaleza de dicho instrumento, que debe calificarse en atención a la realidad de su contenido y forma y no al nombre que se le da».

2. Recurso gubernativo.– Según el art. 327.5 LH (cfr. la R. 14.12.2004) el registrador sólo debe y puede trasladar el recurso del interesado al notario, autoridad judicial o funcionario que expidió el título, pero no a otros interesados en él. En el procedimiento registral «al no existir tal contradicción, pretensión de una parte frente a otra, el registrador no puede asumir la defensa de un supuesto derecho de un tercero conocido o desconocido, y carece de la posibilidad de dar traslado al mismo de un recurso.

R. 19.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Calvià-1) (BOE 01.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/01/pdfs/BOE-A-2011-18878.pdf>

II.27. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Recurso gubernativo: El registrador no puede suspender la inscripción por su propósito de recurrir la resolución de la Dirección

«El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si, ante una resolución estimatoria del recurso contra la calificación, puede el registrador suspender la práctica de la inscripción solicitada alegando que tiene intención de recurrir la resolución de la Dirección General que estimó tal recurso». La Dirección entiende que no: Según el art. 328.4 LH, «los notarios y registradores solamente podrán recurrir la resolución en la que hayan intervenido cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares»; según la S.TS 20.09.2011, ese interés legítimo del registrador «no se identifica con el que resulta de la defen-

sa de la legalidad o disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos o disposiciones cuya protección se le encomienda, ni con un interés particular que le impediría calificar el título por incompatibilidad, según el art. 102 RH, sino con aspectos que deberán concretarse en la demanda normalmente vinculados a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral si la nota de calificación hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General». De ahí deduce la Dirección que «la mera manifestación de intenciones por parte del registrador de proceder a la interposición del recurso judicial contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado no es razón para impedir la práctica de la inscripción»; cierto que según el art. 327.11 LH, el registrador no debe inscribir en los términos de la resolución recaída si le consta la interposición de recurso judicial contra ella; pero «dicha posibilidad está condicionada, lógicamente, al requisito de que el recurso sea interpuesto por quienes estén legitimados para ello, algo que no acontece en el presente supuesto desde el momento en que, tal y como ya se ha señalado, el registrador carece de tal legitimación».

R. 24.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Cuevas del Almanzora) (BOE 01.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/01/pdfs/BOE-A-2011-18879.pdf>

II.28. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 26 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)

Concurso de acreedores: No puede anotarse embargo administrativo con providencia de apremio posterior a la declaración de concurso

Se presenta en el Registro mandamiento de embargo sobre finca de una entidad declarada en concurso, con la circunstancia de que la fecha de expedición de la providencia de apremio fue posterior a la de la declaración del concurso. La Dirección cita el art. 24.4.fin L. 22/09.07.2003, Concursal, según el cual, *practicada la anotación de concurso no podrán anotarse respecto de un bien o derecho, más embargos o secuestros posteriores a la declaración del concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley*; y ese art. 55.1 L. 22/2003 sólo exceptúa, con determinadas condiciones, procedimientos administrativos y laborales en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración del concurso; respecto de los actos de la Tesorería de la Seguridad Social que se producen con posterioridad, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, en S. 06.11.2007 resuelve que debe dejarse en suspenso «'la ejecución, el procedimiento de apremio... y cualquier actuación o medida de ejecución de los bienes del deudor o que pueda obstaculizar la realización de la masa del concurso por el órgano de jurisdicción, salvo, en su caso, el embargo cautelar de otros bienes del deudor no tratados hasta la fecha'. En definitiva, será el propio Juzgado de lo Mercantil quien permitirá a la Tesorería General de la Seguridad Social que inicie o continúe los procedimientos ejecutivos y que éstos se lleven a cabo exclusivamente con carácter cautelar y para asegurar la aportación de los bienes concursados a la masa [...]; para practicar un embargo, aunque fuera con carácter cautelar –que no es éste el caso– ha de haber una decisión favorable por parte del juez mercantil encargado del concurso». Todo lo cual se confirma en el art. 22 RDLeg. 1/20.06.1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que se remite,

para la prelación de créditos, a lo dispuesto en la Ley Concursal; «la R. 07.05.2001 [admitía el embargo en favor de la Hacienda posterior al concurso necesario], a la que alude el recurrente, ha quedado absolutamente superada por los claros términos del art. 55.1 L. 22/2003». La resolución reitera también la doctrina de la S. 5/22.06.2009, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia del Tribunal Supremo, que ya trató en la anterior R. 07.06.2010.

R. 26.10.2011 (Tesorería General de la Seguridad Social contra Registro de la Propiedad de Lleida-2) (BOE 04.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/04/pdfs/BOE-A-2012-107.pdf>

II.29. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)

Inmatriculación: La necesaria certificación catastral no puede sustituirse por un borrador sin signos de autenticidad

«Se pretende la inmatriculación de una finca con incorporación de certificado catastral gráfico cuya descripción no es coincidente con la que figura en el cuerpo de la escritura sobre la finca que se trata de inmatricular; acompaña la otorgante, e incorpora por testimonio en la escritura, un borrador de certificado cuya descripción es coincidente con la de la finca que se pretende inmatricular...»; no se discute que la certificación catastral deba coincidir exactamente con la descripción de la finca, sino la idoneidad del borrador. Dice la Dirección que el art. 41 RDLeg. 1/05.03.2004, por el que se aprueba el Texto Refundido la Ley del Catastro Inmobiliario, señala los posibles documentos acreditativos de la referencia catastral (a) *Certificación catastral electrónica obtenida por los procedimientos telemáticos que se aprueben por resolución de la Dirección General del Catastro.* b) *Certificado u otro documento expedido por el Gerente o Subgerente del Catastro.* c) *Escritura pública o información registral.* d) *Último recibo justificante del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles*), y el art. 47.1 RDLeg. 1/2004 concreta la función del notario a este respecto; ver también art. 83.1.d RD. 417/2006, por el que se desarrolla el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. De todo ello resulta que es necesaria la firma manuscrita del titular del órgano competente, que, en certificados obtenidos telemáticamente por el notario o por el registrador, podrá ser sustituida por el código de verificación que acredita la autenticidad; lo que no se cumple en el citado borrador.

R. 28.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Tacoronte) (BOE 04.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/04/pdfs/BOE-A-2012-108.pdf>

II.30. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Calificación registral: Debe hacerse con carácter unitario, aunque uno de los defectos sea la falta de liquidación del impuesto

La registradora suspende la calificación de una escritura alegando que no se ha liquidado el impuesto correspondiente. En un primer apartado, la Dirección parece considerar proce-

dente la suspensión de la calificación y se centra en «si la nota debe reunir la indicación de vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan y el órgano ante el que hubieran de presentarse así como los plazos para su interposición»; y concluye que sí, porque «tal acto es susceptible de impugnación mediante el recurso que se ha interpuesto [...] aun cuando no pueda entenderse que, en puridad, comporte una calificación de un defecto relativo a la legalidad de la forma extrínseca del título, a la capacidad de los otorgantes o a la validez del acto dispositivo contenido en el mismo (cfr. art. 18 LH) [...] un mero principio de proscripción de la indefensión obliga a que este acto pueda ser objeto de revisión». Pero en el apartado 2 se pregunta si la referencia contenida en el art. 255 LH a la suspensión de *la calificación y la inscripción u operación solicitada*, para el caso de falta de pago del impuesto, impide que, presentado el título a inscripción, la registradora haga constar no sólo el rechazo a la inscripción por dicho motivo de índole tributaria sino cualquier otro defecto que considere obstativo a la misma», y no sólo concluye que no lo impide, sino que reitera la doctrina de la R. 01.03.2006 y otras posteriores, de la «la imposibilidad de que el registrador esgrimiera en una primera calificación la falta de liquidación del título presentado a inscripción con base en los arts. 254 y 255 LH, para calificar de modo ulterior aduciendo otros defectos del mismo título», y afirma de nuevo «el carácter unitario que ha de tener la calificación (cfr. art. 258.5 LH y 127 RH)».

R. 29.10.2011 (Notario José Manuel Benítez Bernabé contra Registro de la Propiedad de Vinaròs) (BOE 01.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/01/pdfs/BOE-A-2011-18881.pdf>

II.31. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 31 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Expropiación forzosa: En expropiación urbanística puede utilizarse la tasación conjunta incluso para una sola finca

Ante un procedimiento de expropiación en el que, para pago del justiprecio, «se ha consignado en la Caja de Depósitos de la Delegación de la Administración expropiante la cantidad fijada por el proyecto de tasación conjunta, por no existir conformidad con el expropiado, el registrador suspende la inscripción considerando que no tiene sentido utilizar el procedimiento de tasación conjunta existiendo una única finca objeto de expropiación».

La Dirección, en primer lugar, y sobre la calificación registral de documentos administrativos, señala cómo se deduce del art. 99 RH que «el registrador deberá rechazar aquéllos procedimientos seguidos por la Administración, cuando preceptivamente deba acudir a otro (véase R. 13.05.2009) [...], pero no cuando exista la posibilidad de optar por uno u otro, en cuyo caso se trata de una decisión administrativa en la que no se puede entrar desde la perspectiva de la calificación registral».

A continuación, estudia «los casos en que puede acogerse la Administración actuante al procedimiento de expropiación por tasación conjunta y, en consecuencia, conforme a lo dispuesto en el art. 26.3 RD. 1093/04.07.1997, 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, –posterior por tanto a la doctrina de la R. 09.06.1992–, si puede obtenerse la inscripción con la sola fijación del precio

por la propia Administración actuante en la aprobación definitiva del proyecto en vía administrativa». Y concluye que «el art. 161 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía establece que la Administración actuante podrá optar por aplicar el procedimiento de tasación conjunta en todas las expropiaciones derivadas de la ley; el vocablo 'todas' sin exclusión alguna, exige incluir en su ámbito de su aplicación los supuestos de expropiación de una sola finca o incluso de parte de una finca, lo cual conduce a valorar la tasación conjunta como un procedimiento expropiatorio especial por razón de la materia, en este caso urbanística, con independencia de la extensión o número de fincas o propietarios afectados, conclusión a la que llegan también los arts. 30.1 y 31.1 art. RDLeg. 2/20.06.2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo».

R. 31.10.2011 (Ayuntamiento de Granada contra Registro de la Propiedad de Granada-2) (BOE 01.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/01/pdfs/BOE-A-2011-18882.pdf>

II.32. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Concurso de acreedores: No impide la inscripción de actos anteriores a la declaración
Recurso gubernativo: No puede recurrirse sobre una primera calificación que quedó sin efecto por desistimiento

«La única cuestión sustantiva que se plantea en este expediente consiste en determinar si, otorgada una escritura pública de constitución de hipoteca antes de la declaración de concurso del hipotecante pero presentada en el Registro de la Propiedad con posterioridad a dicha declaración, es exigible por parte de la registradora que la administración concursal intervenga en los términos previstos en el art. 40 L. 22/09.07.2003, Concursal. [...]. Al respecto tiene declarado esta Dirección General que la calificación de la capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate, por lo que la sola circunstancia de que en el momento de la presentación del documento concurre una causa de anulación posterior, cuando en cambio gozara de plena eficacia en el momento del referido otorgamiento, no podría constituir obstáculo a la inscripción del negocio realizado (vid. R. 21.09.2001). Como resulta de lo establecido en el art. 21 L. 22/2003, hasta el momento en que el juez declara el concurso no se producen los efectos limitativos sobre el poder de disposición del deudor [*El auto producirá sus efectos de inmediato*], por lo que sólo a partir de ese momento estarán viciados de anulabilidad los actos llevados a cabo por el mismo en contravención de las medidas limitativas ordenadas por el juez». Y no obsta a esta conclusión el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, porque «la declaración negocial se refiere al momento de la emisión del consentimiento [...] Y todo ello sin perjuicio de las consecuencias que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de hipoteca tenga la existencia del procedimiento concursal (arts. 56 y 57 L. 22/2003) o de los derechos de impugnación por rescisión contemplados en la Ley (arts. 71 y 72 L. 22/2003)».

2. Recurso gubernativo.— No es oportuno «que este Centro Directivo se pronuncie sobre la calificación que se emitió en la primera presentación de la escritura pública, presentación que quedó sin efecto como consecuencia del desistimiento llevado a cabo. La respuesta es negativa,

pues, siendo el objeto del recurso exclusivamente la nota de calificación, no procede entrar en ninguna consideración relativa a una calificación anterior que no fue recurrida».

R. 02.11.2011 (Notario Mariano-Javier Gimeno Gómez-Lafuente contra Registro de la Propiedad de Eibar) (BOE 01.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/01/pdfs/BOE-A-2011-18883.pdf>

II.33. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 03 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Comunidad: Al hipotecarse una mitad indivisa de una finca no es preciso identificar cuál sea

«Se plantea en este expediente si el titular, por un único título, del pleno dominio de una finca debe, al constituir sobre una mitad indivisa un derecho real de hipoteca, concretar o identificar sobre qué mitad indivisa específica se constituye a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad». Dice la Dirección que «debe entenderse que, a efectos de inscripción, el principio de especialidad es adecuadamente cumplimentado si se identifica la cuota que constituye el objeto de la garantía; una mayor precisión sólo es exigible, bien cuando la cuota lleva aparejado el uso de una porción concreta de la finca (art. 68 RH con relación al art. 53 RD. 1093/1997), bien cuando se produce un problema de rango, bien cuando la cuota está sujeta a un régimen jurídico específico (cfr. ganancial)»; en el caso concreto «no existe por tanto obstáculo registral alguno que impida la práctica del asiento solicitado»; y «no empece a las anteriores consideraciones que puedan presentarse con posterioridad títulos cuyo rango registral pudiera quedar indeterminado de no especificarse en los mismos su objeto concreto y determinado [...] Ahora bien, dicha circunstancia, que puede producirse o no dependiendo de múltiples vicisitudes posibles, no puede afectar al presente título para el que no existe obstáculo registral alguno y deberán ser, en su momento, objeto de la oportuna calificación a la luz de su contenido y del estado del Registro».

R. 03.11.2011 (Notario Juan Montero-Ríos Gil contra Registro de la Propiedad de Torrent-3) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19121.pdf>

II.34. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Separación y divorcio: La situación de separado judicialmente se acredita por manifestación del interesado

«El debate que origina este recurso versa sobre el modo en que ha de acreditarse la circunstancia del estado correspondiente al separado judicialmente, al consignarse la misma en el documento público notarial, de forma que tenga plena virtualidad para su acceso al Registro de la Propiedad». Se trataba de una escritura en que un «separado judicialmente» adquiere una vivienda; el registrador consideró necesario acreditar la inscripción de la separación judicial en

el Registro Civil. La Dirección no lo entiende así: en la línea de las R. 16.11.1994, R. 05.07.1995, R. 12.06.2002 y R. 21.01.2003, aplica la norma del art. 159 RN, que, tras referirse al «estado» de separado, añade que *las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes*. Y señala la diferencia con el caso de la R. 22.02.2005, en el que «la acreditación de la inscripción en el Registro Civil de la sentencia de separación constituía un requisito previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones provenientes de la liquidación del patrimonio consorcial, por ser la causa de la disolución de la sociedad de gananciales (cfr. art. 266 RRC)».

R. 04.11.2011 (Notario Juan Barrios Álvarez contra Registro de la Propiedad de Escalona) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19122.pdf>

II.35. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 08 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Herencia: Posibilidad de inscripción en procedimiento seguido contra herederos indeterminados del titular

Herencia: Legados: Entrega del legado deducida de sentencia contra la herencia yacente

(Esta resolución es subsanación del error cometido en la publicación de la R. 05.10.2011, que debe entenderse en los términos siguientes.)

Se trata de inscribir un legado que resulta del testamento del causante y de una sentencia firme que declara el dominio a favor de la legataria; fueron demandados los herederos de la titular registral: por unos ya fallecidos, sus herederos, y por otros tres que carecen de título sucesorio, sus hijos. La Dirección reitera su doctrina sobre calificación de los documentos judiciales; pero reitera también la de otras resoluciones anteriores en el sentido de que la exigencia de que el juez nombre un administrador de la herencia yacente (arts. 790 y ss. LEC) «no debe convertirse en 'una exigencia formal excesivamente gravosa', de manera que ha de entenderse que existe indefensión cuando el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva» (ver S. 07.04.1992, S. 07.07.2005, S. 12.06.2008, S. 27.07.2010, R. 22.01.2011 y R. 08.09.2011). En cuanto al obstáculo de que es precisa la entrega del legado por el heredero, «en el presente caso la entrega queda acreditada en el juicio declarativo entablado en forma adecuada contra la herencia yacente».

R. 08.11.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19123.pdf>

II.36. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)

Obra nueva: La antigüedad de la obra puede acreditarse por certificación catastral, aunque no sea exactamente coincidente

Obra nueva: La descripción y la antigüedad de la obra pueden probarse por medios distintos

Reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 23.01.2006: Del art. 52 RD. 1093/04.07.1997, 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, para la inscripción de «obras nuevas antiguas» (anteriores *al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante*), resultan «ser dos las circunstancias que se han de acreditar – antigüedad de la obra construida o terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título– y varios los medios concedidos para hacerlo...»; pero esas circunstancias pueden acreditarse por medios probatorios distintos, como en este caso, en el que «ambas circunstancias –antigüedad y coincidencia descriptiva– constan en el mismo documento probatorio –certificado del técnico–, y en la certificación catastral se corrobora la antigüedad demostrada; además, esta última certificación telemática se aporta a los solos efectos de cumplir con la obligación legal de incorporar a la escritura la certificación catastral gráfica y descriptiva».

R. 10.11.2011 (Notario Alberto García Alija contra Registro de la Propiedad de Torrelavega-3) (BOE 04.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/04/pdfs/BOE-A-2012-109.pdf>

II.37. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)

Herencia: Pueden adjudicarse bienes de la herencia sin previa liquidación de la sociedad de gananciales

La Dirección declara inscribible «la adjudicación de una finca privativa del causante con el consentimiento unánime de todos los herederos y del cónyuge viudo, sin la liquidación previa de la sociedad de gananciales, que a juicio del registrador es necesaria para completar el proceso particional»; se basa en la posibilidad de adjudicaciones parciales de la herencia (art. 1079 C.c.; en el momento futuro de completar la partición será cuando se tengan en cuenta «las adjudicaciones parciales que hayan sido realizadas anteriormente a efecto de igualar el contenido de los respectivos lotes, conforme el art. 1061 C.c.») y en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 C.c. y, para la herencia, en el art. 1058 C.c.

R. 10.11.2011 (Notaria Josefina Quintanilla Montero contra Registro de la Propiedad de Villarrobledo) (BOE 04.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/04/pdfs/BOE-A-2012-110.pdf>

II.38. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)

Comunidad: La disolución de comunidad que no es total es en realidad una compraventa

Sobre una escritura de «extinción parcial de comunidad, en el que los titulares de tres quintas partes indivisas de una finca adquieren una quinta parte indivisa de otro cotitular por iguales partes siendo la contraprestación pactada por tal transmisión cierta suma de dinero», la Dirección confirma el criterio del registrador: «Siendo únicamente el transferente dueño de la participación que se adjudican los demás comparecientes, resulta incongruente que los adjudicatarios adquieran dicha participación por extinción de comunidad cuando no son dueños de la misma; sólo sería posible la extinción de comunidad si ésta se efectuase sobre las cuatro quintas partes indivisas de las que son dueños los comparecientes». La Dirección se extiende sobre el concepto y naturaleza jurídica de la comunidad y de su disolución y señala que «prescindiendo de la polémica sobre si la división de la cosa común constituye un acto traslativo o dispositivo, o de mero desenvolvimiento del propio derecho originario del comunero [...], lo cierto es que el adjudicatario de la cosa o de la porción material correspondiente no puede invocar el título de esta adjudicación como adquisición susceptible del amparo del art. 34 LH, sino que dicho título lo será el mismo que dio origen a la propia situación de comunidad (contrato, legado, usucapión, etc.), ni es tampoco la división título apto para ganar la usucapión ordinaria [...]; subsisten tras la división las consecuencias y efectos jurídicos que se deriven de la relación jurídica originaria...». Y todo ello al margen de que, si el negocio jurídico debe ser considerado como un contrato de compraventa, «hayán de plantearse otras exigencias legales propias del mismo, por ejemplo, los requisitos que como consecuencia de tratarse de una compraventa, pueden derivarse en el régimen económico matrimonial de los adquirentes, pero ésta es una cuestión que no se ha suscitado...».

R. 11.11.2011 (Notaria María-Luisa García de Blas Valentín-Fernández contra Registro de la Propiedad de Almagro) (BOE 04.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/04/pdfs/BOE-A-2012-111.pdf>

II.39. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 04 DE ENERO DE 2012)

Titular registral: No es necesario el NIF del cónyuge del comprador en gananciales

En la compraventa por una señora casada en régimen de gananciales, «a juicio del registrador, es necesario que conste el número de identificación fiscal del esposo, no compareciente, de la compradora». Pero la Dirección, en la línea de las R. 07.12.2007, R. 13.12.2010 y R. 29.07.2011, entiende que, «a la vista del tenor literal del art. 254 LH interpretado atendiendo a los criterios antes expuestos [atendiendo a su espíritu y finalidad, art. 3.1 C.c.: combatir uno de los tipos de fraude fiscal, consistente en la ocultación de la verdadera titularidad de los bienes inmuebles], procede revocar la calificación recurrida, pues carece de amparo legal la exigencia de constancia del número de identificación fiscal del cónyuge del adquirente de tal derecho real sobre el inmueble, toda vez que aquél no ha comparecido ni ha sido representado en la escritura».

ra calificada y la norma ciñe tal exigencia a comparecientes y representados, circunstancias en las que no se encuentra el cónyuge de la compradora».

R. 12.11.2011 (Notario Manuel Nieto Cobo contra Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga) (BOE 04.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/04/pdfs/BOE-A-2012-112.pdf>

II.40. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Herencia: La inscripción de herencia intestada no requiere presentar copia completa del acta de declaración

Recurso gubernativo: El plazo para la calificación se cuenta desde la última notificación realizada

1. Sucesión intestada.— En la sucesión intestada, «el llamamiento al heredero lo hace la ley (cfr. art. 657 C.c.); mientras que la resolución judicial o el acta notarial se limita a concretar una delación ya deferida. Todo aquello que las separe de esta finalidad resultará incongruente con esta clase de procedimientos y podrá ser calificado por el registrador». De ahí la diferencia formal entre la sucesión testada y la intestada: En la primera, «la calificación del título sucesorio, con arreglo al art. 18 LH y conforme a los medios y límites fijados en el mismo, ha de ser integral, como la de cualquier otro título inscribible, incluyendo en el caso del testamento, por su condición de negocio jurídico, no sólo la legalidad de las formas extrínsecas, sino también la capacidad del otorgante, y la validez de las cláusulas testamentarias [...] y no basta con relacionar en el cuerpo de la escritura sucintamente las cláusulas manifestadas por el causante en su última voluntad, sino que tiene que expresarse formalmente por el fedatario la afirmación de exactitud de concepto en lo relacionado, con la constancia de no existir otras cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto». Mientras que en la intestada «puede inscribirse la partición si en la escritura se realiza un testimonio en relación de los particulares del documento necesarios para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el art. 3 LH. En efecto, la doctrina de este Centro Directivo es que 'basta con que el Notario relacione los particulares del documento, los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad' (cfr. R. 08.2005)», y no es necesario aportar copia completa del acta de declaración de herederos abintestato.

2. Recurso gubernativo.— «El hecho de que la misma calificación fuese notificada al mismo notario [por fax y] por vía de correo certificado con acuse de recibo, lógicamente con la misma indicación de plazo para recurrir desde la fecha de la nueva notificación, debe conducir a la admisión del recurso atendiendo a esta última fecha».

R. 12.11.2011 (Notario Francesc-Xavier Francino Batlle contra Registro de la Propiedad de Cáceres-2) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19124.pdf>

II.41. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Obra nueva: Declaración de obra anterior a la Ley, justificación de la antigüedad

Obra nueva: La declaración en suelo rústico se rige por las mismas normas que en suelo urbano

«Es doctrina de este Centro Directivo que el art. 52 RD. 1093/04.07.1997, al regular la inscripción de obras nuevas terminadas, cuando no se acredite la obtención de licencia y certificación de técnico competente, no hace distinción alguna entre fincas urbanas y rústicas por lo que sus pronunciamientos son exigibles para ambos tipos de fincas sin perjuicio de la exigencia de los especiales requisitos que, para estas últimas, puedan ser de aplicación en virtud de otras disposiciones (cfr. R. 03.01.2002). Entre los requerimientos de dicho precepto destaca, a los efectos de este recurso, la necesidad de acreditar la terminación de la obra en fecha anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiere podido incurrir el edificante» (R. 21.10.2000 y R. 10.06.2009). En el caso concreto, el art. 180 DLeg. 1/08.05.2000 (Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias), basado en la anterior L. 9/13.05.1999, establece la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística para determinadas fincas rústicas; pero «del conjunto de la documentación aportada, resultan indicios claros de que la obra puede ser anterior al año 1999» (certificación técnica y oficio de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural), de manera que «el posible defecto hubiese sido la necesidad de que se acredite con mayor exactitud la fecha de la edificación».

R. 14.11.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Tegui) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19125.pdf>

II.42. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011)

Rectificación del Registro: Rectificación de error de concepto sin intervención de los interesados

División y segregación: Transmisión del resto sin que se haya inscrito la segregación

Inscrita en 2003 la compraventa por A a B de una finca de 16.000 metros cuadrados, el Juzgado de Primera Instancia declaró esa venta nula por simulación; pero la Audiencia, en sentencia ya firme, revocó la de primera instancia, y simplemente declaró preferente otra compraventa de 4.000 metros pertenecientes a esa finca y otorgada por A en favor de C en documento privado todavía no elevado a público en ejecución de sentencia; expedido mandamiento «con el fin que se lleve a cabo lo acordado en la sentencia y se proceda a la cancelación», el registrador canceló totalmente la inscripción a favor de B y la finca quedó de nuevo inscrita a nombre de A. B recurrió solicitando que se inscriba de nuevo la compraventa de 2003 o, al menos, su dominio sobre los 12.000 metros restantes. Dice la Dirección que aquella cancelación total «va más allá de lo que estrictamente deben ser las consecuencias registrales del cumplimiento del fallo judicial» y entiende que «al practicarse la cancelación se incurrió en un error de concepto [...], pues con la inscripción (cancelación en este caso) se está alterando el

contenido del documento; y, según el art. 217 LH, *los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectifican sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene*, «de donde se colige que, resultando claramente el error padecido de los propios asientos, el registrador no precisa del consentimiento de los interesados para proceder a su rectificación [ver S. 28.02.1999, que la Dirección resume] [...] siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados [...] además de que] el consentimiento del actual titular registral ya se prestó mediante el otorgamiento de las dos compraventas realizadas». Ciertamente que en el presente caso hay una superficie pendiente de segregación e inscripción y que no se da la descripción precisa y completa de la porción segregada ni del resto de la matriz; pero, por razones de justicia material del caso frente a la aplicación rígida del principio de especialidad, debe observarse que presenta «analogías suficientes como para permitir la aplicación de la norma contenida en el art. 47 RH, conforme al cual *los actos o contratos que afecten al resto de una finca, cuando no hayan accedido al Registro todas las segregaciones escrituradas, se practicarán en el folio de la finca matriz, haciendo constar en la inscripción la superficie sobre la que aquéllos recaigan*, extendiéndose nota al margen de la inscripción de propiedad precedente de la superficie pendiente de segregación»; por lo que, hasta que se obtenga la determinación de las fincas en la ejecución de la sentencia recaída, «debe procederse a la inscripción [de la compraventa de 2003], rectificando la cancelación indebidamente practicada, si bien haciendo constar la existencia de la segregación pendiente a que se refiere la resolución judicial».

R. 02.12.2011 (Metropolitana Adventures, S.L., contra Registro de la Propiedad de Motril-2) (BOE 23.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/23/pdfs/BOE-A-2011-20075.pdf>



RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA MERCANTIL

Pedro Ávila Navarro

III.1. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE JULIO DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Sociedad limitada: Administración: La representación conferida por acuerdo social debe constar en documento público

Una sociedad debía adjudicar a algunos socios determinada finca como consecuencia de una reducción de capital; en el acuerdo social se facultaba a esos socios irrevocablemente para otorgar ellos mismos la adjudicación; los socios se adjudican la finca sin intervención de la sociedad y en la escritura se protocoliza certificación de aquella acta. La Dirección, «dejando aparte la cuestión de si una junta general puede otorgar poderes», pues este problema no ha sido tratado en recurso (art. 326 LH), entiende que «falta el juicio notarial de suficiencia; pero es más que eso: es que el poder no se otorga en escritura pública [...] las facultades concedidas en la junta universal no constan en documento público, pues se contienen en un acta de la junta, que, aunque haya sido protocolizada (por acta notarial), no atribuye al documento protocolizado el carácter de documento público».

R. 19.07.2011 (Luis Alonso Polo, S.L., contra Registro de la Propiedad de Santa Fe – 2) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18694.pdf>

III.2. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2011)

Calificación registral: La calificación negativa ha de ser razonada y suficiente

Sociedad limitada: Junta general: Debe constar en la certificación del acta la forma de convocatoria

Sociedad limitada: Junta general: Debe celebrarse en el término del domicilio social

Sociedad limitada: Cuentas: Deben presentarse con la auditoría pedida por la minoría

1. Calificación registral.– Se reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 25.10.2007, en el sentido de que «no basta que en la nota de calificación conste la mera cita rutinaria de un precepto legal o de resoluciones de esta Dirección General [...], sino que es preciso justificar la razón por la que los preceptos o resoluciones invocadas son de aplicación y la interpretación que de los mismos ha de efectuarse [...] Ahora bien, la motivación no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, sino que basta que la argumentación de la nota de defectos permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, es decir, 'la ratio decidendi' que la ha determinado (S. 11.02.1998 y S. 28.05.2003)»; y entiende que eso se ha cumplido en el caso concreto, «aunque hubiera sido conveniente que hubiera habido una mayor motivación».

2. Junta general.– En relación con el depósito de cuentas de una sociedad, se considera defecto que impide el depósito el no constar en la certificación la forma de convocatoria de la junta en que se aprobaron los acuerdos: «Tratándose de acuerdos que hayan de inscribirse en el Registro Mercantil, deben constar en la certificación del acta los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria y, en concreto, la fecha y modo en que la misma se haya efectuado, cuando no se trate de junta universal (véase arts. 97.2.a y 112.2 RRM)».

E igualmente es defecto obstativo, por contravenir el art. 175 LSC, el no haberse celebrado la junta en el término municipal del domicilio social, sin que puedan alegarse, ni el registrador valorar, las razones de haber celebrado la junta fuera del domicilio social que consta en el Registro Mercantil.

3. Auditoría en el depósito de cuentas.– Se reitera la línea de otras resoluciones (por todas, R. 01.08.2009), de que «no cabe tener por efectuado el depósito de las cuentas anuales de una sociedad si no se presenta el correspondiente informe del auditor de cuentas cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral (véase art. 366.1.5 RRM)».

R. 16.09.2011 (Arzollo Construcciones, S.L., contra Registro Mercantil de Cuenca) (BOE 28.11.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/28/pdfs/BOE-A-2011-18702.pdf>

III.3. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)

Concurso de acreedores: Embargo administrativo anterior a la declaración y bienes necesarios para la actividad del deudor

«Se debate en este recurso la posibilidad de tomar anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública, constando previamente anotada la declaración de concurso de la sociedad embargada [...]; consta que las providencias de apremio y la diligencia de embargo son de fecha anterior al auto de declaración del concurso, pero no consta, sin embargo, que el Juzgado de lo Mercantil, ante quien se tramita el concurso, se haya pronunciado sobre el carácter no necesario de los bienes trabados para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». La Dirección, en aplicación de los arts. 24.4, inciso final, y 55.1.2 L. 22/09.07.2003, Concursal, se remite a la doctrina de la S. 5/22.06.2009 (Sala del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia del Tribunal Supremo), en el sentido de que «la Administración Tributaria, cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor; si la declaración judicial es negativa, la Administración recuperará en toda su integridad sus facultades de ejecución; si, por el contrario, es positiva pierde su competencia...»; así pues, «la ejecución no puede llevarse a cabo en ningún caso sin el previo pronunciamiento judicial acerca de la vinculación de los bienes con la continuidad de la empresa».

R. 06.10.2011 (Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra Registro de la Propiedad de Torrelavega-3) (BOE 29.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/29/pdfs/BOE-A-2011-20503.pdf>

III.4. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 29 DE DICIEMBRE DE 2011)

Sociedad limitada: Junta general: La petición de complemento de convocatoria por los socios no es anotable

En una sociedad limitada, un socio cuyas participaciones representan el cinco por ciento del capital, solicita anotación preventiva de la publicación de un complemento a las convocatorias de la junta general. La Dirección reitera la doctrina de la R. 09.07.2010 en el sentido de que esa anotación se prevé en el art. 172 LSC (como antes en la Ley de Sociedades Anónimas) únicamente respecto de la sociedad anónima, pero no procede su aplicación para la sociedad limitada. A ello se añade «el sistema 'numerus clausus' que rige en nuestro Derecho en materia de anotaciones preventivas (véanse, entre otras, R. 05.02.2000, R. 24.04.2007 y R. 25.07.2007) [...], cuya práctica] debe estar prevista expresamente en una norma legal o reglamentaria».

R. 10.10.2011 (Particular contra Registro Mercantil de Burgos) (BOE 29.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/29/pdfs/BOE-A-2011-20504.pdf>

III.5. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 01 DE DICIEMBRE DE 2011)

Sociedad limitada: Constitución por procedimiento de urgencia: No es necesario acreditar la exención del impuesto

Reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 15.06.2011 y otras posteriores.

R. 29.10.2011 (Notaria María-Dolores Torres Vila contra Registro Mercantil de Alicante) (BOE 01.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/01/pdfs/BOE-A-2011-18880.pdf>

III.6. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 03 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011)

Registro Mercantil Central: Concepto de identidad de denominaciones

Registro Mercantil Central: No identidad de las denominaciones «HR Abogados, S.L.» y «FR Abogados, S.L.»

El Registro Mercantil Central emite calificación denegatoria de la denominación «HR Abogados, S.L.» por entender que no tiene suficiente virtualidad diferenciadora con la preexistente «FR Abogados, S.L.», «por cuanto existe semejanza fonética, que con arreglo al art. 408.1.3 RRM equivale a identidad sustancial». La Dirección compara este caso con los de R. 04.10.2001, R. 26.03.2003, R. 25.10.2010 y R. 26.10.2010, y concluye que no concurre identidad, «toda vez que la pronunciación las partículas iniciales de las mismas ('HR' y 'FR', respectivamente) exigen su delecteo con el resultado de que la representación de sonidos que los vocablos en cuestión implican tienen suficiente virtualidad y entidad distintiva, dado su diverso

alcance sonoro, para evitar que exista confusión entre las mismas». Antes de llegar a esa conclusión, la Dirección hace unas interesantes «consideraciones jurídicas generales» sobre la identidad de denominaciones, que «no se constriñe al supuesto de coincidencia total y absoluta entre ellas, fenómeno fácilmente detectable, sino que se proyecta a otros casos, no siempre fáciles de precisar, en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades [...] en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama 'cuasi identidad' o 'identidad sustancial' [...], entendida como el nivel de aproximación objetiva, semántica, conceptual o fonética que conduzca objetivamente a confusión [...] Nuestro sistema prohíbe la identidad, sea ésta absoluta o sustancial, de denominaciones, pero no la simple semejanza (cuya prohibición, que se desarrolla principalmente en el marco del derecho de la propiedad industrial y del derecho de la competencia...», y expresa la conveniencia de «una mayor coordinación legislativa entre el Derecho de sociedades y el de marcas, que impidiese la reserva o inscripción de denominaciones sociales coincidentes con ciertos nombres comerciales o marcas de notoria relevancia en el mercado e inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial».

R. 03.11.2011 (Particular contra Registro Mercantil Central) (BOE 05.12.2011).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/05/pdfs/BOE-A-2011-19120.pdf>

III.7. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011)

Sociedad limitada: Constitución: Constitución por el procedimiento de urgencia del art. 5.2 RDL. 13/03.12.2010

Sociedad limitada: Estatutos: Estatutos de la O.JUS/3185/2010

Sociedad limitada: Estatutos: Denominación objetiva y objeto social

Se trata de una escritura de constitución de «Nueva Clínica Dental..., S.R.L.», con un capital superior a 3.100 euros, que se dice constituida «por el procedimiento establecido en el art. 5.2 RDL. 13/03.12.2010, con la consiguiente incorporación de estatutos sociales ajustados a los aprobados por O.JUS/3185/09.12.2010, de suerte que el objeto social se define mediante la transcripción de todas la actividades enumeradas en el art. 2 de dichos estatutos-tipo». El registrador objeta que «al superar el capital social la cantidad de 3.100 euros, no puede aplicarse el art. 5.2 RDL. 13/2010, con la consecuencia de que el objeto social no queda suficientemente determinado mediante la transcripción de los referidos estatutos-tipo. Concretamente, considera que las frases 'el comercio al por mayor y al por menor' y la 'prestación de servicios' o las 'actividades profesionales' suponen indeterminación del objeto social y pueden implicar el ejercicio de actividades sujetas a legislación especial cuyos requisitos no cumpliría la sociedad que se constituye; por último, añade que debe incluirse en el objeto social alguna actividad referida a la denominación social ('Clínica Dental...')». La escritura se subsanó fijando el capital por debajo de los 3.100 euros, y la sociedad se inscribió. Pero el notario autorizante impugnó la anterior calificación negativa. «Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible el objeto social delimitado en la forma permitida por la O.JUS/3185/09.12.2010, aun cuando no se cumplan todos los requisitos establecidos en el art. 5.2 RDL. 13/03.12.2010». La Dirección, como en otras ocasiones, señala «la trascendencia que el objeto social tiene tanto para los socios y administradores como para los terceros»

y cómo los arts. 23.b LSC y 178 RRM exigen que la definición estatutaria del objeto social se realice mediante la determinación de las actividades que lo integren. A continuación recuerda la doctrina de las R. 01.12.1982 («únicamente habrá indeterminación cuando se utilice una fórmula onmicomprensiva de toda posible actividad comercial o industrial en donde se empleen unos términos generales, pero no existirá esta indeterminación si a través de términos concretos y definidos se señala una actividad de carácter general») y R. 05.09.2001 («no puede rechazarse la cláusula debatida por el hecho de que atienda al puro criterio de la actividad, sin referencia a productos o a un sector económico más específico»; y, respecto a la referencia a una actividad profesional, recuerda también la Instr. DGRN 18.05.2011 («la referencia a 'actividades profesionales' admitida en el art. 2.4 de los estatutos-tipo debe entenderse atinente a las actividades profesionales que no pueden considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 2/15.03.2007, de sociedades profesionales. Por ello, debe considerarse que, en un supuesto como el presente, las cláusulas estatutarias debatidas dejan a salvo el régimen de dicha Ley especial»). Y concluye que «la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales, faltando los demás requisitos o presupuestos tipológicos imprescindibles de la figura societaria profesional, no puede ser considerada como obstativa de la inscripción (cfr., por ejemplo, la referencia a 'actividades profesionales' admitida en el art. 2.4 de los estatutos-tipo aprobados por la O.JUS/3185/2010) [ver también R. 05.04.2011]. En el presente caso se incluye esa misma referencia genérica a las 'actividades profesionales', pero la sociedad constituida no tiene como objeto el ejercicio colectivo de una profesión. No se constituye como sociedad profesional *sensu stricto* [...] faltan los requisitos estructurales o tipológicos relativos de la sociedad propiamente profesional (entre ellos los atinentes a la composición subjetiva y a la necesaria realización de actividad profesional por los socios)». Y en cuanto a la denominación social («... Clínica Dental...»), reconoce la Dirección que el art. 402.2 RRM dice *queno podrá adoptarse una denominación objetiva que haga referencia a una actividad que no esté incluida en el objeto social*, pero no lo considera aplicable al caso, dado que la denominación se refiere a una actividad –clínica dental– «que puede desarrollarse por aquella según el objeto social delimitado estatutariamente, sin necesidad de constituirse como sociedad profesional *'stricto sensu'*».

R. 15.11.2011 (Notario Juan-Francisco-Javier Company Rodríguez-Monte contra Registro Mercantil de Palma de Mallorca) (BOE 20.12.2011).

Conviene recordar que el supuesto del art. 5.2 RDL. 13/2010 se refiere al caso de pequeñas sociedades limitadas como las del pfo. 1 (socios personas físicas y con órgano de administración que sea un administrador único, varios administradores con facultades solidarias o dos administradores con facultades mancomunadas), pero que además tengan un capital no superior a 3.100 euros y sus estatutos se adapten a algunos de los aprobados por el Ministerio de Justicia en O.JUS/3185/2010 (que en realidad sólo recoge un modelo).

La calificación registral en el supuesto de esta resolución podía interpretarse como afirmación razonable de que los estatutos tipo de la O.JUS/3185/2010 no cumplen con los requisitos legales y reglamentarios de suficiente determinación, si se aplican a sociedades distintas de las reguladas en el art. 5.2 RDL. 13/2010. Eso tenía pocas posibilidades de prosperar, porque la realidad es que si no cumplen para otras sociedades, tampoco lo hacen para las originales destinatarias; y era difícil que la Dirección lo reconociera, cuestionando así una Orden del Ministerio, o desautorizara a un notario que alegaba, también razonablemente, haberse atendido a la Instrucción de la propia Dirección General. Pero en

una calificación doctrinal sí cabe preguntarse si los redactores de la Orden fueron fieles a los preceptos legales y reglamentarios que regulan la definición estatutaria del objeto social y a la interpretación sostenida por la Dirección General a lo largo de las últimas décadas; y especialmente la definición que se cuestionaba («2. Comercio al por mayor y al por menor... 4. Actividades profesionales... 7. Prestación de servicios...»).

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/20/pdfs/BOE-A-2011-19830.pdf>

IV

ACTUALIDAD PARLAMENTARIA

María Isabel de la Iglesia Monje

IV.1. PROPOSICIONES DE LEY

Con fecha 16 de diciembre de 2011, los diferentes grupos parlamentarios han presentado en el Congreso de los Diputados 16 Proposiciones de ley. Todas ellas han sido calificadas el día 21 de diciembre. Son las siguientes:

- **Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Grupo Parlamentario Socialista**
- **Proposición de Ley sobre medidas para garantizar la integración de los trabajadores discapacitados en el sector público. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)**
- **Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Grupo Parlamentario Socialista**
- **Proposición de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida. Grupo Parlamentario Socialista**
- **Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres para adaptarla a diversos Reglamentos de la Unión Europea. Grupo Parlamentario Socialista**
- **Proposición de Ley de servicios funerarios. Grupo Parlamentario Socialista**
- **Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte. Grupo Parlamentario Socialista**
- **Proposición de Ley de Contratos de Distribución. Grupo Parlamentario Socialista**
- **Proposición de Ley por la que se regulan los servicios de atención al cliente destinados a los consumidores y usuarios. Grupo Parlamentario Socialista**
- **Proposición de Ley de transparencia y acceso a la información pública. Grupo Parlamentario Socialista**

- **Proposición de Ley relativa a la dación en pago y la protección de las personas físicas insolventes. Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia**
- **Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)**
- **Proposición de Ley de modificación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)**
- **Proposición de Ley sobre la adaptación de la regulación vigente en el ámbito de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios colectivos a los requerimientos específicos de las Comunidades Autónomas que cuenten con sindicatos más representativos cuyo ámbito de representación se circunscriba a su ámbito territorial. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)**
- **Proposición de Ley sobre la mejora de la accesibilidad en las comunidades de viviendas. Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)**
- **Proposición de Ley relativa a la igualdad de trato y la no discriminación. Grupo Parlamentario Socialista**

V

NOVEDADES LEGISLATIVAS

V.1. INSTRUCCIÓN de 27 de octubre de 2011, conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la Dirección General de Modernización de la Administración de Justicia, sobre el nuevo modelo organizativo del Registro Civil Central. (BOE 15/11/2011)

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/15/pdfs/BOE-A-2011-17834.pdf>

V.2. REAL DECRETO 1612/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifican los Reales Decretos 1426/1989, de 17 de noviembre, y 1427/1989, de 17 de noviembre, por los que se aprueban los aranceles de los notarios y los registradores, así como el Decreto 757/1973, de 29 de marzo, por el que se aprueba el arancel de los registradores mercantiles

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/17/pdfs/BOE-A-2011-17962.pdf>

V.3. CORRECCIÓN DE ERRORES de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE de 23 de noviembre de 2011)

<http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/23/pdfs/BOE-A-2011-18400.pdf>

V.4. DECRET 410/2011, de 29 de novembre, pel qual es deixa de prestar el servei de caixa a les delegacions territorials de l'Agència Tributària de Catalunya i a les oficines liquidadores

<http://www.gencat.cat/diari/6016/11328015.htm>

VI

COLABORACIONES

VI.1. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: Nuevo modelo de corresponsabilidad parental ¿en interés del menor?

Paula Castaños Castro
María José García Alguacil
Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

Hasta la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el modelo seguido por la legislación civil en referencia a las relaciones paterno-filiales había sido el ejercicio conjunto de las funciones de guarda y custodia si la convivencia se conservaba entre los cónyuges o la atribución exclusiva a uno de los progenitores, en general a la madre, si no existía consenso en la separación o el divorcio¹.

Era la situación que imperaba hasta entonces, en la que el modelo de familia era uno, concreto y tradicional. Sin embargo, lo cierto es que la sociedad ha ido evolucionando hasta concebir nuevos modelos de familia. Los motivos de todo este cambio social y estructural de la familia se han ido perfilando también a lo largo de los años: la incorporación de la mujer al ámbito laboral, la incorporación del hombre a las tareas domésticas, el aumento del número de separaciones y divorcios, la disminución del número de hijos, el cambio en las relaciones paterno-filiales..., etc. La Ley del 2005, en este sentido, ha intentado dar respuesta a lo que la sociedad estaba demandando de una u otra forma, siendo así como el art. 92 de nuestro Código civil acoge una nueva redacción².

La crisis en el ámbito del derecho de familia ha quedado patente. Desaparece el divorcio causal, se hace innecesario el paso previo de la separación para la obtención del divorcio, los

1. Sin embargo, antes de la aparición de esta ley ya se discutía si era posible la imposición de la guarda y custodia compartida. Parte de la doctrina fue partidaria de su procedencia legal aun antes de la reforma. Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «La guarda y custodia de los hijos y el derecho de visita tras la crisis matrimonial», en *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1997, págs. 61 y ss. Otro autor que también se muestra partidario de aplicar este régimen, incluso antes de la reforma de 1981 es NAVARRO FAJARDO quien apoyándose en principios constitucionales tales como la igualdad ante la ley o el derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica, se inclina por considerar la alternancia en la responsabilidad de los hijos como una solución efectiva que lejos de dar prioridad al derecho de los padres a estar en compañía de sus hijos, lo que trata es de compaginar este principio con aquel otro que debe prevalecer siempre: el interés del menor. Señala este autor que ambos principios deben ser complementarios y en ningún caso excluyentes. NAVARRO FAJARDO, J.: *El derecho a la custodia de los hijos de los padres separados*, *BIMJ*, año XXXIII, núm. 1.189, 2, 1979, págs. 4 y ss. De estas afirmaciones se extrae que en la práctica era posible el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida. No obstante, la jurisprudencia aplicó esta figura en muy escasas ocasiones.

2. Hasta la reforma, el Código Civil no había utilizado los términos de «guarda y custodia». Sí lo había hecho, por el contrario, la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como se deduce de preceptos como el 748.4, 769.3 y 770.6. No obstante, siguen existiendo artículos que utilizan otras expresiones. Por ejemplo, el artículo 156 del C.c se refiere a «aquel con quien el hijo conviva» y el artículo 94 alude al progenitor «que no tenga consigo a los hijos».

plazos para la obtención del mismo se abrevian, y como colofón de la reforma, se introduce un sistema de distribución de funciones parentales, hasta ahora excepcional, nos referimos a la guarda y custodia compartida.

No ha sido una sorpresa que el legislador decidiera incluir entre las reformas el tema de la custodia compartida, pues se intentaba simplemente adecuar la ley a la organización familiar³. No obstante, el hecho de que hoy la modalidad de guarda y custodia compartida se vea como una medida normal, no excluye ni le atribuye carácter preferencial sobre la custodia en exclusiva a uno de los progenitores. En nuestro ordenamiento jurídico, la regla general sigue siendo la guarda atribuida a uno de ellos, mientras que la custodia compartida quedará relegada a la categoría de excepción.

El legislador en esta ley decidió otorgar relevancia a dicha modalidad porque la sociedad lo estaba pidiendo. Así los padres querían seguir actuando como tales sin quedar relegados a la categoría de meros visitantes; las madres por su parte querían ver cubiertas sus expectativas laborales, se lograría, en definitiva, el tan deseado reparto de funciones entre los progenitores. Ello por supuesto, sin olvidar que todo giraba en torno a lo que fuese mejor y más beneficioso para los hijos. El interés del menor. Y es que la adopción de esta medida está presidida por un principio informador, elevado a la categoría de principio fundamental como es el denominado «interés del menor». Sobre la base del mismo se decidirá o no la adopción de la custodia compartida.

Sin embargo, hoy por hoy, ha quedado demostrado que la adopción de tal medida no es tarea fácil y no lo es por varios motivos que intentaremos desentrañar:

1.º– Todavía hay progenitores (padres o madres) que se oponen a la adopción de la custodia compartida, por razones distintas. Se teme, entre otros motivos, que de llevarse a cabo se cuestione su capacidad parental. Es una forma de reafirmar su posición, el intentar mantener la custodia exclusiva.

2.º– Otros creen que si optan por la custodia compartida, evitaran el pago de la pensión de alimentos.

3.º– Tampoco existe claridad sobre lo que sucederá con la atribución del uso de la vivienda familiar. ¿Necesariamente la adopción de dicha medida supone la denegación del derecho de uso sobre el domicilio?

4.º– El escollo más importante probablemente venga de la mano de ese «informe favorable» que ha de emitir el Ministerio Fiscal, independientemente de la decisión de los progenitores de optar por la custodia compartida por estimarla la mejor manera de proteger el interés del hijo.

5.º– También sería conveniente realizar una interpretación correcta de algunos de los párrafos que pueden acabar lesionando derechos fundamentales de los progenitores (en concreto el referente a la denegación de custodia para el progenitor que se encuentre incurso en una causa penal)⁴.

3. En este sentido se pronunció el ahora ex ministro López Aguilar afirmando que: «estas reformas adaptan nuestras instituciones civiles a la Constitución, y a las necesidades de una sociedad abierta, (...). El Gobierno apuesta por promover las familias y relaciones de familia en libertad e igualdad (...). El horizonte de futuro no debe pasar por perpetuar el rol exclusivo de la mujer como única responsable del cuidado de los hijos (...) roles de cuidado de los hijos que han de ser crecientemente compartidos para contribuir así a que la mujer desarrolle también como persona otros aspectos relevantes para su progreso personal más allá del ancestral binomio maternidad-hogar».

4. No es lo mismo estar incurso, que haber sido condenado en una causa penal. ¿Qué sucederá con aquellos progenitores que se han visto «incursos» y por ello privados de la guarda y custodia de sus hijos, cuando se demuestra finalmente que la denuncia era falsa, o que no ha existido el delito en cuestión? ¿Cómo se restituye el daño infringido a

6.º– La dificultad esencial se conecta con la presumible inestabilidad que se generaría en el menor, producida por los continuos cambios de domicilio, problemas de integración en los distintos núcleos familiares, y todo ello manifestado a través de la difícil, sino a veces imposible, unificación de criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores⁵

Para resolver, éstas y otras cuestiones partiremos de un estudio del concepto de custodia intentando diferenciarlo de la patria potestad.

II. CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA

Como consecuencia de la filiación, nace entre los progenitores y el hijo la relación jurídica paterno-filial. En este sentido, y como consecuencia de dicha relación los padres tendrán encomendada una función con respecto a los hijos menores de edad, independientemente de si son matrimonio o no. Nos referimos a la patria potestad, definida como función tutelar cuyo fundamento se encuentra en el interés de los hijos.

Referirse a la patria potestad es distinguir, al mismo tiempo entre titularidad y ejercicio. No existirá distinción cuando, como hemos dicho, los progenitores convivan juntos con los hijos. Sin embargo, la titularidad quedará desmembrada del ejercicio, en supuestos de separación o divorcio, entre otros supuestos. Son estos, momentáneamente los que a nosotros nos interesan.

Pues bien, hablar de guarda y custodia es hablar de ejercicio de la patria potestad. La titularidad de la patria potestad no se pierde por que se haya producido una separación o un divorcio. La titularidad puede seguir siendo conjunta, salvo que alguno de los progenitores haya sido condenado en causa penal, por alguno de los motivos que se fijan en la ley⁶. Ahora bien, dicho esto, lo que hasta ahora quedaba en exclusiva en uno sólo de los progenitores era la guarda y custodia, siendo uno el guardador custodio y el otro el progenitor visitador. Hemos dicho hasta hoy, porque la Ley del 2005 permite que esa excepcionalidad que suponía adoptar la medida de la guarda y custodia compartida pase a ser considerada medida habitual, aunque no regla general.

Se conseguirá con dicha medida que aún en esos supuestos de separación o divorcio, en los que la convivencia ya no tiene lugar, el ejercicio de la patria potestad siga siendo conjunto. La opción por la custodia compartida es una realidad cinco años después de la promulgación de la Ley del 2005.

El concepto de «guarda y custodia» no aparece reflejado en ningún precepto de nuestro Código civil. El legislador hace referencia en el art. 154 CC a deberes y facultades de ambos progenitores incluyendo «velar por ellos y tenerlos en su compañía». Es curioso, pero esos términos nos acercan bastante a lo que por «custodia» se debe entender. El término «custodia»

ese progenitor y a ese menor que se visto privado de la compañía del mismo? Sería conveniente establecer un sistema en el que no se permitiese la utilización de determinado tipo de denuncias para conseguir, determinados objetivos, que se sabe que por otra vía, no se lograrán.

5. Vid. PINTO ANDRADE, C.: *La custodia compartida*, Edit. Bosch. Barcelona, 2009, págs. 45 y ss.

6. «En conclusión, cuando en situaciones de crisis matrimonial el Juez o Tribunal asigna la llamada «guarda y custodia» a uno de los progenitores, no hace otra cosa que resolver a quién corresponderá el «ejercicio» de la patria potestad, esto es, el desempeño de las tareas cotidianas y ordinarias de cuidado, vigilancia, alimentación y educación de los hijos menores. Ello no puede cerrar el paso a la participación del no conviviente en la toma de decisiones fundamentales, al no haber razones para su exclusión». RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.; LUQUE JIMÉNEZ, M.: «Reflexiones sobre la protección de menores en el Ordenamiento Jurídico español», en *Persona y estado en el umbral del siglo XXI*. Málaga, 2001, pág. 682.

quedará asociado a la crianza y cuidado de los menores en los aspectos más cotidianos. Los progenitores podrán seguir cumpliendo las funciones que hasta el momento de la separación venían desarrollando con los hijos. Será la forma de hacer efectiva su responsabilidad parental.

En realidad, la denominación empleada no responde a la sistemática de la institución. Es el art. 92 del Código civil el que en sus apartados 5, 7 y 8, alude a «guarda conjunta» y a «guarda y custodia compartida». En realidad, los progenitores no se encuentran juntos realizando las funciones que la patria potestad les encomienda. Las realizan de manera alternan, quince días uno y quince otro, o una semana cada uno o un mes, según se haya establecido. No es la denominación más idónea pero parece que ha sido la mejor forma de dejar constancia de la continuación del ejercicio por ambos progenitores. O por lo menos, es la forma elegida por consenso.

Pero ¿qué entendemos por guarda y custodia del menor? La guarda o custodia puede ser definida como «aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial, bien de forma alterna en los periodos prefijados convencional o judicialmente, y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia⁷». Sería ésta una definición de custodia en sentido amplio, puesto que en un sentido más restringido se reduce al cuidado personal del hijo a través de la convivencia con él. No obstante, el concepto amplio de guarda o custodia es el único que encaja con el de la custodia compartida⁸, pues ésta, aunque es un instituto que descansa principalmente en la convivencia con el menor, no debe restringirse sólo a ella; la custodia compartida es mucho más que eso. Cuando se opta por este régimen, se están regulando cuestiones que rebasan la determinación de la convivencia con los hijos; se están perfilando cuáles son las funciones que cada progenitor tiene en la vida diaria y cotidiana del menor⁹.

Según Pérez Ureña, la guarda y custodia compartida sería aquel régimen en el que ambos padres se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores¹⁰. Consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de «guardador» y «visitador», colocándolos en posición de igualdad y garantizando el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos padres a pesar de la ruptura matrimonial¹¹.

Lo esencial de la guarda y custodia compartida no sólo es el reparto del tiempo, el reparto de la presencia física del progenitor con el menor, sino la atribución al titular (a los dos dependiendo del tiempo que les corresponda) del derecho-deber de decidir sobre la adecuada aten-

7. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*. Valladolid, Lex Nova, 2005, págs. 135 y 136.

8. Aunque sea la custodia compartida el objeto de este estudio, no podemos olvidar que existen numerosos tipos de guarda: la guarda unilateral –cuando se atribuye la custodia a uno solo de los progenitores–, la guarda distributiva o partida –cuando los menores se distribuyen entre los padres–, o la guarda por un tercero –cuando se atribuye la custodia a una persona que no es el progenitor–.

9. LATHROP GÓMEZ, F.: *Custodia compartida de los hijos*. Madrid, La Ley, 2008, pág. 284. No obstante, es cierto que de la jurisprudencia inmediatamente posterior a la Ley 15/2005 se desprende que el régimen de custodia compartida sólo atañe a la convivencia con el menor. Un claro ejemplo de ello es la sentencia de la AP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 la cual dice textualmente que: «cuando se resuelve la custodia, lo que se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño en cada momento».

10. PÉREZ UREÑA, A.: *El interés del menor y la custodia compartida*. Revista de Derecho de Familia, n.º 26, 2005, pág. 275.

11. GUILARTE MARTÍN-CALERO, op. cit., pág. 156.

ción ordinaria de los menores que se hallan bajo su custodia. Por eso, no puede entenderse que sea lo mismo la custodia compartida que la custodia repartida. Desde el momento en el que ambos progenitores ejercen en plano de igualdad y deciden sobre todas y cada una de las cuestiones ordinarias a las que se van enfrentando, la custodia compartida habrá cubierto sus expectativas¹². No se trata sólo, por tanto, de repartir tiempos, sino de compartir y corresponsabilizarse en las funciones que de la patria potestad se derivan.

Pero esta forma de corresponsabilizarse los progenitores se realizará bajo el prisma de un interés que prevalecerá sobre cualquier otro¹³. El interés del menor utilizado, por lo menos hasta el momento, para dotar de excepcionalidad la medida que hoy, a través de la Ley del 2005 pretende adquirir rango de regla general.

III. EL INTERES DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR EN LA DETERMINACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

La expresión «interés del menor» aparece por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 en su Principio 7.º, en el que se declaraba: «*El interés del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación*». La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 señala en su art. 3.1 que: «*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será al interés superior del niño*». En semejantes términos se manifiesta la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, en concreto en su apartado 8.14: «*Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en la que se refiere al niño, deberá tener como objeto prioritario, la defensa y salvaguarda de sus intereses*».

Fruto de lo anterior, el principio prevalente del «interés superior del niño» se consagra en las regulaciones de toda Europa y se acaba incluyendo como directriz básica en toda la legislación de menores española (art. 39 C.E y numerosos artículos del Código civil tras la reforma del 81), así como en las leyes autonómicas de atención a la infancia, y se refleja incesantemente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales inferiores.

Cómo puede observarse, a poco que se investigue, la noción de «interés del menor», o «*favor minoris*», se ha instalado en la generalidad de las regulaciones y es denominador común de cuantiosas sentencias de nuestros Tribunales. La supremacía de este principio ha resultado admitida sobre cualquier interés legítimo. El problema no es por tanto, la admisión del princi-

12. Término entre otras cosas muy criticado porque la guarda no se comparte en ningún caso, sino que se alterna entre los progenitores. Sería más conveniente hablar de «custodia alterna, alternativa, o sucesiva». Así lo pone de manifiesto la mayor parte de la doctrina. Por tanto, en situaciones de crisis matrimoniales será preferible hablar en todo caso de custodia alterna o alternativa, pero de ningún modo de custodia compartida, ya que las decisiones cotidianas sobre la vida del menor no se llevan a cabo conjuntamente por ambos progenitores, sino por el que se encuentra con el menor en ese momento concreto. Así, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres», en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*. Madrid, Dykinson, 2004, págs. 135 y ss.

13. En una sentencia de fecha 7 de julio de 2011, el Alto Tribunal interpreta la redacción del nuevo artículo 92 del Código Civil y establece que la guarda y custodia compartida de los menores no debe considerarse «una medida excepcional», sino una medida que «debería considerarse la más normal porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible».

pio. La dificultad estriba en concretar qué ha de entenderse por «interés del menor» y qué significado alcanza en nuestro ordenamiento jurídico.

En términos generales, la fijación de lo que es interés del menor vendrá dada por las circunstancias de hecho de cada caso concreto, a lo que hay que unir la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia. Probablemente lo más idóneo sería establecer unos criterios que orientasen a los jueces en la determinación de ese interés, haciendo, por otra parte que la discrecionalidad en esta materia quede lo más reducida posible.

En nuestro ordenamiento jurídico, el interés del menor constituye una suerte de «cláusula general» que permite a los jueces y tribunales concretarla en cada momento atendiendo a las circunstancias y exigencias del caso concreto, con todo lo que eso supone de dificultad y de riesgo de arbitrariedad judicial. El concepto de «interés del menor» como ha señalado Gullón, «no es nada nuevo». Basta un examen de todas las reformas operadas en el Código civil desde 1981 para comprobar que siempre ha sido norma obligada para el aplicador del Derecho. Así por ejemplo y entre otros muchos recoge el art. 154 del CC que «*la patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos 14*». Ahora bien, nunca se ha dado una definición doctrinal ni jurisprudencial de lo que haya de ser ese interés del menor. Algo, por otra parte, nada criticable, si atendemos al dato de que éste deberá ser apreciado, respecto de un concreto menor, con una concreta personalidad, en unas concretas circunstancias y en un concreto momento de su existencia. Por ello, ante tanta concreción, no es de extrañar que resulte tan difícil dar una definición general¹⁵. Nos hallamos como dice DÍEZ PICAZO ante «una fórmula de gran ambigüedad, en la que sólo la casuística puede ir perfilando las líneas del dibujo¹⁶»

Por lo que respecta al fundamento constitucional de este principio, se puede afirmar que no hay un estricto entronque con ninguna norma constitucional. De manera expresa, ningún precepto de la Constitución alude a esa expresión. Es sin embargo preciso destacar que será en ciertos artículos, a los que precisamente el constitucionalista no ha prestado demasiada atención, donde se puede encontrar la raíz del mencionado principio. Nos estamos refiriendo en concreto al art. 10 y al 39 de la C.E.

El art. 10 CE consagra el principio de respeto a la dignidad de la persona. Es, con carácter global, ese respeto el que impone a los distintos legisladores el reconocimiento del sujeto menor como persona individual, con plenitud de derechos, y con sus propias necesidades y aspiraciones diferenciadas de las de otros sujetos próximos a ellos, en concreto, sus padres o tutores, y el resto de los miembros de la familia. En eso consiste, en realidad, el «interés del menor», en la contraposición a los intereses de otros sujetos¹⁷. Es así como el interés del menor entronca con el principio de dignidad de la persona, en tanto no constituye un límite a la patria potestad (o al ejercicio tutelar), ni un puro y simple mecanismo de protección de un sujeto teóricamente débil e inexperto.

Por lo que respecta al art. 39.3 CE, expresándose más en términos de «deber» que de «derecho» establece que: «*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás caos en que legalmente proceda*». De acuerdo con este precepto, los padres no poseen un derecho o poder, ni absoluto ni relativo, sobre sus hijos que pueda contrapesar el interés particular de éstos (el

14. Vid. DÍEZ PICAZO, L.: «El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l'enfant) en *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, pág. 129.

15. Así opina SALANOVA VILLANUEVA, M.: «El derecho del menor a no ser separado de sus padres», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 1995, pág. 285.

16. Vid. *Familia y Derecho*, 1984, págs. 185 y ss.

17. Vid. En el mismo sentido, RIVERO HERNANDEZ, *El interés del menor*, cit., pág. 109.

interés del menor), sino que sus atribuciones están siempre y en todo caso, mediatizadas por la consecución del interés del sujeto protegido. Y si una ley ordinaria, tal como hace nuestro Código civil en el art. 154, en su redacción dada por la reforma de 1981, concede a los padres un «derecho» de vigilancia, representación y administración de la persona y bienes de sus hijos –lo que hará porque considera razonable que es en compañía de aquellos donde mejor pueden desarrollarse. Ese derecho o facultad no será ejercitable frente a los propios menores, sino en su caso, frente a terceros, básicamente cuando éstos nieguen u obstaculicen de alguna forma esa facultad de asistencia reconocida por la ley. Lo que sin embargo sí puede colegirse de la redacción del art. 39.3 CE es el otorgamiento, correlativo al deber de asistencia paterno, de un verdadero derecho subjetivo de los menores de que sean sus padres quienes les asistan. Ello podría suponer la posible inconstitucionalidad de la norma que autorizase la exclusión, en determinadas circunstancias, del deber de asistencia de alguno de los padres¹⁸.

Conectando con el fundamento constitucional, conviene detenerse en el art. 2 de la Ley Orgánica del Menor de 1996, donde explícitamente se recoge este principio. Aunque pudiera considerarse una declaración reiterativa de escasa relevancia, lo cierto es que se trata de la primera vez en nuestro ordenamiento en donde se hace una afirmación tan radical como la de este art. 2.1 donde se establece que: «*En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...*».

La novedad de la regla es que por primera vez se expresa, no ya que el «interés del menor» es la guía y referencia en la aplicación e interpretación de las normas, sobre patria potestad, tutela, divorcio, etc, sino que se destaca la preponderancia absoluta de ese interés sobre cualquier otro interés legítimo. A primera vista, la regla está enunciada en clave de conflicto de intereses: habiendo dos o más intereses en pugna, y afectando uno de ellos a un menor, éste será el prevalente.

Al afrontar el concepto del interés, surgen nociones como las de provecho, utilidad, ganancia, valía, bienestar físico y mental, en definitiva, se trata de lo que es un bien para el menor. Aunque debe tenerse en cuenta lo material, es fundamental el cuidado y la educación, esenciales para el pleno desarrollo de su personalidad.

Para determinar en qué consiste el interés del menor se han seguido fundamentalmente dos sistemas: el de identificarlo por medio de una lista de criterios legales con el objeto de proporcionar unas pautas a seguir en las decisiones donde deba entrar en juego el principio¹⁹, o bien a través de un principio general. Este último es el sistema seguido por nuestro sistema español, donde el legislador es parco en el contenido, debiendo ser los Tribunales los que concreten los criterios, atendiendo a los casos que se someten a su decisión.

La decisión de éstos será discrecional aunque no arbitraria. Y para que efectivamente no sea arbitraria, la discrecionalidad del juez (de los Tribunales en general) debe tener como límite, entre otros: a) la racionalidad en la apreciación de los hechos (vid. STS de 5 de marzo de 1998); b) evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual o moral y c) la protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional²⁰.

18. Hoy se están planteando, al hilo del ámbito de la autonomía del menor, sobre todo en materia sanitaria, y ante la exigencia del consentimiento informado del denominado «menor maduro», ciertas situaciones que se pueden encontrar en franca oposición con el deber de asistencia de los padres. Siendo el consentimiento del menor el único que se precisa para realizar la intervención que se haya planeado, los padres quedan relegados a un segundo plano, viendo cómo su deber de velar por sus hijos, se difumina en el horizonte de la más amplia concepción de autonomía.

19. Este es el método utilizado por la Children Act 1989, tal y como expone RIVERO HERNANDEZ, op. Cit. Pág. 64.

20. Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Edit. Montecorvo, SA, Madrid, 2001, pág.66.

Lo cierto es que al formar parte este «interés del menor» de los llamados conceptos jurídicos indeterminados²¹, ¿es factible delimitar su contenido?, ¿es posible perfilar un criterio objetivo, que ayude a los aplicadores del Derecho en la determinación de sus decisiones?

La doctrina ha intentado responder a estas preguntas y no siempre ha identificado el interés del menor con los mismos criterios. Mientras que para algunos este interés se concreta en una perfecta educación, para otros sólo se satisface el interés del menor si éste desarrolla su personalidad teniendo en cuenta sus gustos y deseos²².

Se distingue también entre un interés moral y un interés material. Mientras que el interés moral del menor descansa en proporcionarle una formación emocional y espiritual, el interés material podría identificarse con que el menor cuente con todos los medios necesarios para poder desarrollar su vida cotidiana²³. Pero, ¿realmente es conveniente acotar el concepto? Creemos que la falta de precisión de este principio es precisamente lo que permite proteger de manera efectiva al menor de edad. Es imposible e inútil querer establecer unos parámetros que determinen de forma inequívoca qué se entiende por interés del menor. Lo más que puede hacer la jurisprudencia es considerar este principio como el principio inspirador de todas las materias que conciernen al menor, vinculando así al juez, a los poderes públicos y a los padres, pero nada más.

Esto debe ser así porque cada menor trae consigo una realidad propia y particular que quizás poco tendrá que ver con la de los demás menores; tanto la edad del menor como la cultura en la que se ha criado, así como sus condiciones físicas y mentales son circunstancias que hacen inevitable el hecho de que su interés varíe según el caso particular. Muestra de lo que acabo de exponer es la SAP de Barcelona, de 12 de enero de 2006 que señala que «a la hora de determinar el contenido de dicho interés superior del menor, solamente puede determinarse caso a caso, en función y en atención a las circunstancias personales y familiares de cada niño». O la SAP de Barcelona de 29 de diciembre del mismo año que establece que «la verdadera dimensión decisoria no es tanto el reconocimiento o recordatorio de los grandes principios sin más, sino descender a su concreción en cada particular conflicto».

Pese a ser cierto que estamos en una materia en la que la atención al caso concreto es del todo necesaria y que por ello sería un error cercar su contenido, también debemos dejar constancia de que existen unas líneas generales que, aunque difuminadas, pueden servir para entender mejor lo que se pretende conseguir con la aplicación de este principio. Me estoy refiriendo a que sean cuales sean las circunstancias que rodeen al menor, debe valorarse en todo caso el ambiente más propicio para el desarrollo integral de su personalidad, atribuyendo siempre la

21. RIVERO HERNÁNDEZ señala: «el interés del menor constituye, en efecto, en nuestro sistema jurídico y en otros, un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación» RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*. Madrid, Dykinson, 2000, pág. 57.

22. Sin embargo, no debemos confundir el bien del menor con el deseo del menor, ya que como señala DE TORRES PEREA, una persona puede tener deseos irracionales y la realización de los mismos no le proporcionará objetivamente bien alguno. A esto debemos añadir que un menor no es suficientemente maduro como para saber lo que realmente le conviene en cada momento. TORRES PEREA, J.M. DE, op. cit., pág. 23. También sería conveniente distinguir entre el concepto «interés del menor» y el concepto «bienestar del menor». Mientras que el bienestar del niño se consideraría como el óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular, el interés del menor sería la garantía de la protección del menor ante cualquier situación que pudiera perjudicar al menor o poner en peligro su bienestar. NAVAS NAVARRO, S.: «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T.I. Madrid, 2003, pág. 707.

23. La SAP de Córdoba de 26 de marzo de 2004 señala que: «este interés superior del menor no debe ser medido únicamente bajo parámetros de confort material sino también valorando y dando preferencia al aspecto psíquico».

guarda y custodia a personas que puedan prestar al menor atenciones en todos los ámbitos de su vida, procurando que el menor no tenga carencias a nivel educativo, afectivo o material. En definitiva, se exige tener en cuenta las mejores condiciones para el pleno desarrollo integral del hijo menor de edad ²⁴.

Sin duda, el interés superior del menor debe referirse «al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo o raza, así como la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana, son otros tantos aspectos que configuran el concepto del interés del menor» ²⁵.

Como bien establece la SAP de Toledo de 18 de enero de 2007, «este principio, elevado a rango constitucional, del favor *filii*, consiste en procurar, ante todo, el beneficio o interés material y moral de los hijos menores».

No se puede olvidar que los criterios y pautas que se utilicen para determinar lo que será el interés del menor se han de apoyar en la consideración del menor de edad como persona y ciudadano y, en cuanto tal, han de serle reconocidos y garantizados sus derechos fundamentales, su dignidad, el derecho de su personalidad y todo ello sin olvidar sus necesidades particulares.

Tal y como se establece en la Exposición de Motivos de la LOPJM, «*los menores, son sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, y en la satisfacción de las necesidades de los demás...podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro...*». Son por tanto, los propios menores, los primeros implicados en lo que haya de ser «su interés».

El menor deberá actuar y decidir siempre y en todo lo que pueda. Será su capacidad la que determine la relevancia de su participación. La edad y la madurez harán del menor una pieza esencial en los distintos procesos a los que se enfrenten. Como parece obvio imaginar, siempre conlleva un cierto riesgo el dejar que sea sólo el menor el que decida. Son personas en formación y con escasa experiencia pero con una autonomía en progresión, a través de la cual se tratará de hacer efectivo el libre desarrollo de su personalidad y la concreción de su libertad.

Desde el menor que debe ser oído (por lo menos desde los doce años) hasta el menor que deberá consentir si tiene madurez o juicio suficiente, todos pasan por ser determinantes para concretar lo que será lo mejor y más beneficioso para ellos ²⁶.

Además del propio menor, quienes mejor conocen al menor, además de tener la obligación de velar por ellos (por su interés) son los padres, o en su caso los tutores o acogedores. En este sentido, tal y como establece el art. 154, 162, 164, a los padres les compete conducir la vida de los hijos. En la valoración y decisión respecto a los intereses del menor, materiales y espiritua-

24. Así se ha pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña en sentencia de fecha 14 de abril de 2005, y también en el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de 8 de febrero de 2002.

25. ALONSO PÉREZ, M.: «La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación al Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras», en *Actualidad Civil*, número 2, 6-12 de enero de 1997, tomo I, Madrid, La Ley, 1997.

26. Muchas circunstancias habrán de tomarse en consideración: las características del menor, discernimiento, madurez, capacidad intelectual, caracteres emocionales, etc., todos las circunstancias que le rodean, personales, sociales, escolares, experiencias pasadas, deseos y aspiraciones; circunstancias materiales, geográficas, carácter, capacidad para asumir responsabilidades, entorno material y emocional, etc.).

les, los padres deben actuar con el máximo respeto a su personalidad y teniendo en cuenta las características de su personalidad, sensibilidad, afectos, inclinaciones intelectuales, creencias, orientaciones religiosas o morales. Si la actuación de los que son sus representantes legales, lesiona de alguna forma alguno de sus intereses, o no se realiza, directa o indirectamente en interés del menor, será el Juez el que asegurará la prevalencia del interés superior del menor. Son ellos los garantes de que el principio del interés del menor se interprete y aplique correctamente por las instituciones encargadas de velar por el bienestar del menor (patria potestad, tutela, acogimiento...).

Cuando los padres, o el juez en su caso, si no se ha llegado a un acuerdo, en proceso de divorcio deciden con quien va a quedar el hijo deberán hacer prevalecer sobre todos los intereses posibles, el interés del menor. Deberán escuchar a los menores en cualquier caso, y tomarán puntual referencia de su opinión cuando tienen capacidad suficiente para comprender las medidas que a raíz del divorcio se van a adoptar.

Sea cual sea, finalmente, la decisión, se presupone que si se decide la guarda y custodia compartida será porque ha sido considerada como la mejor y más beneficiosa medida para el menor.

IV. OTROS CRITERIOS DETERMINANTES DEL INTERÉS DEL MENOR

Una vez que doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en considerar el interés del menor como argumento clave a la hora de conceder o no la custodia compartida, se ponen en marcha una serie de mecanismos legales que permiten conocer de manera más exhaustiva cuál es ese interés en cada caso.

III.1 *El derecho del menor a ser oído: ¿Cuándo debe ser escuchado?*

Este derecho se menciona de forma expresa en el inciso 2 del artículo 92 del C.c., que establece que el juez velará por el cumplimiento de este derecho cuando vaya a ser adoptada cualquier medida sobre la custodia. También el apartado 6 del mismo artículo hace referencia a él cuando señala que el juez deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor²⁷.

De lo contenido en dichos preceptos vemos cómo el legislador no indica ningún límite de edad para que el menor pueda ser escuchado, mientras que en la LOPJM de 1996 los menores

27. Esta forma de regular la audiencia ha dado lugar a la aparición del artículo 777.5 de la LEC que dice lo siguiente: «Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior, o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días»; así como también ha surgido un nuevo párrafo en la redacción del artículo 770.4 del la LEC: «En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario». La audiencia debe practicarse en un lugar idóneo donde el menor pueda expresarse con libertad y confianza. Nunca deberá practicarse en el acto de la vista, ni en el acto de la comparecencia. Tampoco debe desarrollarse en presencia de los implicados en el procedimiento ni de los profesionales que los representan y asisten; sólo han de estar presentes el Ministerio Fiscal y el Juez. SARAVIA GONZÁLEZ, A.M.; GARRÍA CRIADO, J.J.: *La jurisdicción de familia: Especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, págs. 264-265.

serán oídos en el caso de que tengan más de doce años. Sobre este asunto Alonso Pérez oportunamente señala que «se ha convertido en un derecho inherente al menor, que le acompañará siempre»²⁸. El legislador de 2005 ha preferido no referirse a una edad a partir de la cual sea una obligación escuchar al menor, adhiriéndose de esta forma a lo establecido en el artículo 12 de la Convención internacional de los Derechos del Niño, en el que se atiende exclusivamente al «suficiente juicio y discernimiento». Compartimos esta reforma en el sentido de que limitar la edad puede llevar consigo la indeseable consecuencia de no escuchar a un menor que aun no alcanzando la edad establecida por el precepto, es lo suficiente maduro como para intervenir en el proceso y aportar al juez datos relevantes sin los que sería difícil concretar cuál es su interés superior. Ahora bien, ¿qué se entiende por «suficiente juicio»? La SAP de Tarragona de 22 de septiembre de 1994 lo asemeja a «un discernimiento para actuar las facultades volitivas: inteligencia y voluntad». En este sentido, Rivero Hernández estima que, salvo los casos en que por razón de la edad quede excluida *ab initio* la audiencia, es aconsejable que a partir de una edad razonable (ocho o diez años), el juez vea directamente al niño y compruebe si tiene suficiente juicio²⁹.

El derecho a ser oídos y la conveniencia de la audiencia de los menores son dos aspectos que están íntimamente relacionados con el principio general del interés del menor; principio que aparece consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española, así como en los artículos 2 y 11.2 de la LO de Protección Jurídica del Menor y que inspira en gran medida al artículo 92 C.c.³⁰.

Con todo, no cabe duda de que si hay alguien interesado en el interés del menor, éste es el propio menor, quien debe participar de forma manifiesta en lo que va a suceder en su vida presente y futura. Se debe escuchar su testimonio en tanto que forma parte de la estructura familiar.

No obstante, no debemos perder de vista que estamos hablando de un derecho que le asiste al menor y que sólo será ejercitable si tiende a satisfacer su interés. Por tanto, la posibilidad de no escuchar al menor no sólo es posible, sino que es recomendable cuando con ello se consiga evitar unperjuicio para el propio menor. Se deberá estar al corriente del caso concreto.

En el plano jurisprudencial, es bastante ejemplificativa la SAP de Barcelona de 1 de octubre de 2007, que pondera especialmente la intervención de la menor, por tratarse de una intervención «expresiva y clarificadora en la que ha explicado con meridiana claridad y determinación, amén de con suma madurez y firmeza, cuál es su voluntad y deseo»³¹. Queda del todo

28. ALONSO PÉREZ, M., op. cit., pág. 25.

29. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*. Barcelona, Bosch, 1997, pág. 172.

30. SARAVIA GONZÁLEZ, A.M.; GARÍA CRIADO, J.J., op. cit., pág. 264.

31. Esta sentencia de la AP de Barcelona se expresa en los siguientes términos: «Montserrat con gran naturalidad ha expresado a los componentes de la Sala que le parecería chulo y maravilloso que se acordare así –la custodia compartida–, puesto que ella lo que desea es estar por igual con uno y con otro, ya que les quiere mucho a los dos, aunque no desea que le metan en medio de sus problemas, dado que son ellos quienes deben resolverlos». Con respecto a este tema también es interesante la reflexión hecha por la sentencia de la AP de Las Palmas de 26 de julio de 2007, en la que se dice textualmente que: «si bien los hijos no tienen una absoluta capacidad de autodeterminación de la relación paterno-filial, y en ocasiones no coincide su voluntad aún en formación con su verdadero interés, conforme la edad de los hijos va avanzando y se convierten en adolescentes o preadolescentes, esta voluntad adquiere mayor relevancia, por su mayor grado de madurez e incluso por la razón pragmática de que una relación de convivencia impuesta judicialmente no es la más deseable para la satisfacción del interés del menor y es generadora de situaciones de inestabilidad emocional que repercuten en el rendimiento escolar, en el desarrollo de la *psique* del niño o joven, de sus derechos de la personalidad, etc.». También la SAP de Madrid de 22 de septiembre de 2006 manifiesta la necesidad de tener en cuenta tanto el informe emitido por el equipo psicosocial adscrito al Tribunal Superior de Justicia como la voluntad expuesta por la mayor de las descendientes.

claro que si lo prevalente es el interés del menor, ni debe ni puede ignorarse su voluntad cuando esta es razonable y sensata.

Sin embargo, aunque el Código civil fije este derecho, esto no quiere decir que sea vinculante para el juez, ya que, como decíamos en apartados anteriores, el menor puede no reunir las condiciones de madurez suficientes para saber qué es lo que más le conviene en cada momento, por lo que sería un disparate que la decisión del juez estuviera condicionada por su intervención. Se trata, entre otras cosas, de evitar a toda costa que el menor de edad elija de forma irresponsable convivir con aquel progenitor que le conceda más caprichos. Por tanto, la obligación de escuchar al menor no se debe equiparar con la de aceptar su deseo³². Lo que el menor exprese en su intervención deberá ser confrontado con su necesidad objetiva, la cual puede estar alejada de sus deseos más inmediatos. Además, el juez y los demás operadores del derecho deben representarse la posibilidad de que el menor esté sufriendo presiones o interferencias, que tendrán el denominador común de deformar el legítimo derecho del menor a exteriorizar sus deseos y emociones³³.

Por tanto, aunque resulta relevante la opinión expresada por los menores en la exploración judicial, ésta no debe interpretarse aisladamente, sino en conexión con el resto de pruebas practicadas; máxime si tenemos en cuenta que en algunas ocasiones la opinión del menor puede tener su origen no en una decisión personal y propia, sino condicionada por el denominado síndrome de alienación parental³⁴.

IV.2 *El informe del Ministerio Fiscal.*

El artículo 92 del C.c., en su apartado sexto, exige que el juez recabe el informe del Ministerio Fiscal antes de acordar el régimen de guarda y custodia³⁵.

Esta exigencia se justifica en la defensa de los intereses públicos y sociales. Debido a que el juez, al no ser parte del proceso, no puede velar por los intereses del menor, el legislador atribuye esta tarea al Ministerio Fiscal al que le corresponde emitir informe en que indique si la custodia compartida es lo más beneficioso para el menor.

Legalmente, su intervención se explica en base a los artículos 749.2 y 777.5 del la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁶. Su función se limita a informar si el contenido del convenio regulador garantiza suficientemente el interés de los hijos o si, por el contrario, contiene decisiones perjudiciales para los menores. Por tanto, el Ministerio Fiscal puede intervenir en la aprobación, modificación y extinción del acuerdo, así como en la constitución de uno nuevo³⁷.

Ahora bien, cuando la custodia compartida sea solicitada por una sola de las partes, el juez, con informe favorable del Ministerio Fiscal³⁸ podrá acordarla, fundamentándola en que sólo de

32. LATHROP GÓMEZ, F., op. cit., pág. 153.

33. LATHROP GÓMEZ, F., op. cit., pág. 147.

34. PINTO ANDRADE, op. cit., pág. 70.

35. La redacción anterior de este artículo no contemplaba la intervención del Ministerio Fiscal.

36. El artículo 749.2 de la LEC dice textualmente: «En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal». Por su parte, el artículo 777.5 del mismo texto legal establece: «Si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a éstos, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior, o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días».

37. LATHROP GÓMEZ, F., op. cit., págs. 160 y ss.

38. El momento procesal idóneo para emitir dicho informe será al contestar a la demanda o en las conclusiones finales en el acto de la vista de la comparecencia de las medidas provisionales previas o coetáneas o del juicio verbal del procedimiento especial de familia. PINTO ANDRADE, C., op. cit., pág. 67.

esta forma se protege el interés superior del menor. La pregunta que nos hacemos es la siguiente: si el informe del Ministerio Fiscal es en este caso vinculante, y por tanto, puede llegar a ser un obstáculo para la concesión de la custodia compartida, ¿estamos ante una manifiesta limitación de la función jurisdiccional de los tribunales?; ¿puede un informe negativo vincular hasta tal punto la decisión judicial, máxime si tenemos presente que dicho informe no es vinculante cuando el juez decreta la custodia en exclusiva³⁹? Que el asunto está muy lejos de ser pacífico lo pone de manifiesto el hecho de que la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas haya planteado una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 98.2 del Código Civil por auto de 13 de septiembre de 2006 en el que se plantea la posible violación del artículo 117 de la Constitución Española, así como también de los artículos 24, 14 y 39 del mismo texto legal⁴⁰.

Ya en Cataluña este precepto fue declarado no aplicable, debido a que se restringe considerablemente la capacidad del juez en orden a acordar o no la custodia compartida⁴¹. El hecho de que el Ministerio Fiscal vele por la defensa de los menores no cambia su condición de parte del proceso. Al exigirse el informe favorable del Ministerio Fiscal se está limitando la discrecionalidad del juez al mismo tiempo que se le atribuye a aquél una función que no le corresponde: la de decidir si el régimen de custodia compartida será o no aplicable al menor en cuestión.

39. El hecho de que el juez no esté vinculado por el informe del Ministerio Fiscal, en caso de atribuir la custodia en exclusiva a uno solo de los progenitores, pone de manifiesto cómo el régimen de custodia compartida necesita todavía mucho tiempo para asentarse; de ahí que se exijan requisitos que para tomar la decisión contraria, cual es la atribución en exclusiva a uno de los padres, no son necesarios; requisitos tales como el polémico informe favorable del Ministerio Fiscal, sin el cual no puede el juez, excepto en Cataluña, imponer el régimen de guarda y custodia compartida.

40. El artículo 117 de la CE sería infringido desde el momento en el que se limita al Poder Judicial su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, violando así mismo el carácter independiente de dicho poder. Por su parte, el artículo 24 de la CE resulta vulnerado debido a que un informe desfavorable impide al juez entrar en el fondo del asunto, no satisfaciéndose así la tutela judicial efectiva que este artículo garantiza. Por último, también menciona el auto la posible violación de los artículos 14 y 39 de la CE: dicho informe no es vinculante si ambas partes solicitan la guarda y custodia o cuando los litigantes lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento; ¿acaso aquí el Ministerio Fiscal debe relajarse en su función de velar por el interés del menor?

41. La Sentencia de la AP de Barcelona de 28 de septiembre de 2010 dice textualmente: «Quizás el recurrente pretenda referirse al preceptivo del Ministerio Fiscal en los supuestos de ejercicio compartido de la guarda y custodia, regulado en el artículo 92 del Código Civil; que, en Cataluña, sin embargo, como ha tenido ocasión de pronunciarse el TSJC –por lo menos en dos oportunidades– no resulta de aplicación. Así, en su sentencia de 31 de julio de 2008, el TSJC establece que: «...de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.2, 14.1 y 107.2 C.C., teniendo en cuenta que la vecindad civil de las partes en el presente procedimiento es la catalana no es posible tampoco atribuirle ninguna virtualidad en la cuestión debatida en el recurso al precepto del Código Civil citado como infringido (art. 92.8 C.C.), ni siquiera al amparo del art. 111-5 C.C. catalán, puesto que si bien es cierto que en dicho precepto de Derecho civil común se contiene una concreción de la regla universal relativa al interés superior de los hijos, que rige en materia de guarda y custodia y de otros efectos de la nulidad, de la separación y del divorcio, como principio de solución de conflictos familiares, también lo es que ya existe en nuestro propio sistema normativo de familia una concreción de dicha regla, suficientemente respetuosa con el correspondiente precepto constitucional (art. 39 CE) y con las normas y convenciones internacionales (Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre, etc.), el art. 82.2 CF, con base en el cual, en relación, según los casos, con los arts. 76.1.a), 78.1 y 79.2 CF, ha sido posible y sigue siéndolo disponer la guarda y custodia «compartida» sin atenerse a los requisitos establecidos en el art. 92 C.C. (reformado por la ley 15/2005), de la misma manera que también lo era en el sistema del Derecho civil común antes de la entrada en vigor de la nueva regulación (STC 4/2001 de 15 de enero)». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de TSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008. Sin embargo, fuera de Cataluña la jurisprudencia contiene multitud de casos en los que se deniega la concesión de la guarda y custodia compartida por ser el informe del Ministerio Fiscal desfavorable. Ejemplo de ello son la SAP de Lugo de 17 de julio de 2006; SAP de Pontevedra de 17 de enero de 2007; SAP de La Coruña de 29 de junio de 2007 o la SAP de Barcelona de 15 de octubre de 2007.

Atribuyendo al informe favorable del Ministerio Fiscal el carácter de requisito imprescindible para la concesión del régimen de custodia compartida, se modera en exceso la función jurisdiccional, hasta llegar a desvirtuarla.

Es cierto que el interés del menor⁴² debe ser el principio rector por el que se guíe la decisión jurisdiccional, pero el respeto a aquel principio no tiene por qué contribuir a reprimir la decisión del juez quien ve claramente limitada su función si su decisión última ha de depender del informe favorable de una de las partes del proceso⁴³: el Ministerio Fiscal.

De gran claridad son las conclusiones que respecto a este tema se obtuvieron en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia sobre «Las Reformas del Derecho de Familia», celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, en las que se subraya: «En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. No obstante, se estima que sería conveniente que, por reforma legislativa, se suprimiera el requisito de que el informe del fiscal tenga que ser favorable, y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo».

Sin embargo, pese a estas conclusiones, la tendencia jurisprudencial sigue siendo la de no conceder la custodia compartida a solicitud de uno solo de los progenitores si el informe del Ministerio Fiscal no es favorable. Ejemplo de ello es la sentencia de la AP de Castellón de 11 de julio de 2007 cuando declara: «lo que ocurre es que ni siquiera podemos entrar a examinar si en este concreto caso el régimen de guarda y custodia compartida propuesto es la solución más favorable y beneficiosa para el interés de los hijos menores, dado que falta uno de los presupuestos legalmente exigidos (en el art. 92.8 del Código Civil) para que pudiera establecerse el régimen de guarda y custodia compartida. Nos referimos al «informe favorable del Ministerio Fiscal», según se exige en el precepto citado. Efectivamente, y tal y como se indica en la sentencia recurrida, fuera de los casos contemplados en el art. 92.5 del Código Civil, en que existe consenso entre los progenitores en el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, y cuando tan sólo uno de los progenitores solicita la guarda y custodia compartida, se exige (art. 92.8) el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juzgador

42. La Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2005 considera que sólo con el informe favorable del Ministerio Fiscal se protege el interés del menor: «Es clarificadora la nueva regulación del Código Civil al exigir para el caso de que no se solicitare conjuntamente por los padres el ejercicio compartido, excepcionalmente, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la custodia compartida «fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés supremo superior del menor» (art. 92.8 CC)». Sobre la protección del menor como finalidad esencial del proceso de atribución de custodia compartida no existe discrepancia doctrinal. GUILARTE MARTÍN-CALERO expone que en los casos en los que proceda la custodia compartida como régimen que mejor protege el interés del menor y o bien no haya solicitud de los progenitores, o bien el informe del Ministerio Fiscal sea desfavorable, debe seguir siendo el interés del menor el principio rector para la adopción del régimen de guarda, de forma que solamente éste interés puede determinar la atribución exclusiva o compartida de la custodia. GUILARTE MARTÍN-CALERO, op. cit., pág. 162.

43. Parte de la doctrina considera que el Ministerio Fiscal no es parte en sentido estricto cuando el procedimiento afecta a menores de edad; en estos casos, el Ministerio Fiscal interviene con el único fin de proteger, tutelar y amparar al menor. Debe velar por los derechos de quienes carecen de juicio suficiente y sólo a tal fin ha de hacer las peticiones que considere necesarias.

pueda entrar a examinar si sólo con el régimen de custodia compartida propuesto por uno de los progenitores se protege adecuadamente el interés superior del menor, que es lo que la ley exige para que pueda adoptarse dicha propuesta unilateral de uno de los progenitores. En el caso que nos ocupa no se cuenta con el informe favorable del Ministerio Fiscal, el cual solicitó que se atribuyera a la madre la guarda y custodia de los hijos menores».

IV.3. *Dictámenes de especialistas.*

A ellos se refiere el artículo 92.9 del Código Civil⁴⁴. El papel de estos especialistas es emitir una opinión auténtica y objetiva de la situación del menor. Pero, ¿hasta qué punto el juez se encuentra vinculado por ellos? Lo cierto es que la decisión del juez no está supeditada a lo que establezcan estos dictámenes; no obstante, pueden resultar de vital utilidad para conocer la realidad familiar⁴⁵.

El II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados de la Asociación española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid en noviembre de 2005, acuerda que el informe técnico de especialistas no debe ser exigido en todo caso de guarda y custodia compartida, sino que debe dejarse a la valoración del juez, atendiendo a las circunstancias concurrentes. Así mismo, las conclusiones de las II Jornadas de Jueces y Magistrados de Familia e Incapacidades, celebradas en septiembre de 2004 en Barcelona establecen⁴⁶:

- 1) La importancia de la actuación de los equipos psico-sociales, pues con su intervención se logra una mayor calidad y eficacia de la resolución a dictar.
- 2) El personal de los equipos psico-sociales precisa de estabilidad laboral, bien en régimen funcionarial o bien de contratación indefinida. Su actuación debe desarrollarse con plena independencia y atendiendo a las necesidades del Juzgado de Familia o de cualquier otro Juzgado con competencias en esta materia. Para ello, se hace preciso el establecimiento de un estatuto orgánico propio.
- 3) Existe la necesidad de que los integrantes de los equipos acrediten haber recibido una formación específica y propia para el adecuado desarrollo de sus funciones.
- 4) Mayoritariamente se considera que resulta necesaria la adscripción individualizada de los equipos psico-sociales a los Juzgados de Familia.

44. Este artículo establece: «el juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores». Este artículo reemplaza el término «facultativo» –que era el término empleado en el texto del Proyecto– por «especialistas debidamente cualificados».

45. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011 en la que se recalca que «La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que sólo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria (caso de la STS de 1 octubre 2010), o bien llegue a conclusiones erróneas (casos de las SSTS de 10 marzo 2010 (RJ 2010, 2329) y 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606)), porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas (art. 120.3 CE (RCL 1978, 2836)) y art. 218.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), para evitar la arbitrariedad». En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010.

46. SARA VIA GONZÁLEZ, A.M.; GARÍA CRIADO, J.J., op. cit., págs. 269-270.

5) Se aprecia que lo más apropiado es que, cuando la actuación a practicar haya sido desarrollada por el psicólogo y el trabajador social, el informe pericial sea elaborado conjuntamente por ambos profesionales.

6) Los equipos psico-sociales podrán desarrollar otras actuaciones complementarias, tales como:

- Prestar ayuda concreta a la familia para afrontar la crisis familiar.
- Informar de la existencia de instrumentos alternativos para la solución de conflictos relacionados con una crisis familiar, como lo es la mediación.
- Otras labores de seguimiento y apoyo.
- Coordinación con los puntos de encuentro, etc.

7) Se resalta la ausencia en la LEC de una referencia específica a la labor desarrollada por los equipos psico-sociales; la única alusión legal se hace en el artículo 92 del C.c. en el que se indica que el dictamen de especialistas se podrá recabar de oficio por el Tribunal de Familia o a instancia de parte. A tal efecto, es preciso que se subsane dicha falta de previsión normativa y por ende en la ley procesal se regule expresamente este medio probatorio.

8) Por último, se hace referencia al protocolo de intervención⁴⁷.

A todos estos criterios legales que permiten la obtención del interés del menor, se añaden otras exigencias contempladas en el párrafo sexto del artículo 92 del Código Civil⁴⁸ y que también posibilitan una mayor concreción de dicho interés.

V. EL PROBLEMA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

A cuál de los progenitores se atribuye la vivienda familiar en caso de que se implante el régimen de guarda y custodia compartida, constituye otro de los clásicos problemas que la jurisprudencia trata de resolver⁴⁹.

47. Este protocolo de intervención es el siguiente:

– El informe psico-social puede ser solicitado por las partes y el Ministerio Fiscal tanto en los escritos de demanda como en los de contestación, así como en el propio acto del juicio.

– El informe puede ser acordado por el Tribunal tanto con anterioridad al acto de la vista como durante la celebración del citado acto, una vez sopesada la actividad probatoria que se haya practicado. Si bien, y atendiendo a que se trata de un recurso limitado, se apunta que en el primer caso sólo se adopte cuando su necesidad resulte claramente constatada. Igualmente, se indica la posibilidad de recabarlo en el propio auto de medidas provisionales.

– Una vez elaborado el informe, se incorporará a las actuaciones mediante proveído, en el que se acordará dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal y se les dará la oportunidad de solicitar las aclaraciones que se estimen convenientes.

– El informe deberá referir expresamente la metodología que ha sido utilizada durante el proceso.

– El contenido del informe, cuando haya sido interesado por las partes o el Ministerio Fiscal, deberá responder a las cuestiones que expresamente se hayan planteado y hayan sido admitidas por el Tribunal. Si el dictamen hubiese sido recabado de oficio dará respuesta a lo pedido. Todo ello, previa práctica de las diligencias que el propio equipo reputa necesarias y sin perjuicio de que se pueda contemplar algún otro aspecto a la vista del resultado de las actuaciones.

– En cuanto a la posible intervención de las partes en la práctica de las actuaciones previas a la elaboración del informe, a falta de previsión legal específica, se estima de aplicación lo dispuesto en el artículo 345 de la LEC.

48. Las exigencias contenidas en este artículo son: la valoración por parte del juez de las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, la prueba practicada en ella, así como la relación que los padres sostienen entre sí y con sus hijos con el fin de determinar su aptitud con el sistema de guarda y custodia.

49. Ya que si la custodia de los hijos menores de edad se atribuye en exclusiva a uno de los progenitores, el domicilio familiar debe atribuirse a los hijos y al progenitor que quede con ellos. Así, la STS 642/2011 de 30 de septiem-

Los tribunales cuentan con dos posibles soluciones en relación al uso de la vivienda familiar, aun cuando la ley 15/2005 no establece ningún criterio a seguir para la atribución del uso del domicilio conyugal: en primer lugar atribuirla a los hijos, siendo los padres los que sufran el cambio de domicilio. Pero esta opción es pocas veces viable y es difícil de sostener en la práctica. El siempre perseguido interés del menor choca a menudo con las posibilidades reales de sus padres. Ningún principio es absoluto, ni siquiera el de salvaguardar el interés del menor⁵⁰. Las limitaciones económicas, la falta de estabilidad laboral, las expectativas laborales o el hecho de que uno de los progenitores haya rehecho su vida con otra persona son situaciones que en más de una ocasión limitan a los tribunales a la hora de poder dictar una sentencia en la que se atribuya a los hijos menores el disfrute del domicilio familiar. No obstante, hay sentencias que atribuyen el uso alternativo de la vivienda para cada progenitor durante los periodos que les corresponde asumir la función de garantes del cuidado y atención de sus hijos menores, debiendo el otro abandonar el domicilio familiar durante ese tiempo. Ejemplo de ello es la sentencia 223/2011 de 8 de abril, que dice así: «En relación a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, la modalidad de custodia compartida, conlleva que no proceda efectuar una atribución exclusiva, considerando que al no regir el privilegio de uso establecido en el art. 96 del Código Civil, en favor de ninguno de los cónyuges titulares del inmueble, regirán las reglas de disposición sentadas en el art. 394 del Código Civil, con respecto a los bienes ostentados en régimen de comunidad. Al menos, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación a uno de dichos cotitulares. Compatibilizando esa finalidad liquidativa con el derecho de los niños a seguir disfrutando del inmueble que les ha servido de morada, se estima que procede establecer un uso alternativo para cada progenitor durante los periodos (trimestres) que les corresponde asumir la función de garantes del cuidado y atención de sus hijos, debiendo el otro abandonar la vivienda durante ese tiempo»⁵¹.

La otra posibilidad con la que cuentan los tribunales es la de que sean los hijos menores los que cambien de residencia. Esta fórmula es la más común, puesto que es la que suelen soportar mejor los progenitores. A su vez esta segunda posibilidad cuenta con dos alternativas: que cada uno de los padres cuente con su propia vivienda, procediéndose si es necesario a la venta del domicilio familiar, o bien que a uno de los progenitores, «al más necesitado de protección», se le atribuya el uso de la vivienda familiar, por carecer éste de los suficientes recursos económi-

bre, ó la STS 221/2011 de 1 de abril, que también falla en este sentido: «El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio».

50. En los tiempos que corren, es fácil imaginar que existen pocas personas con una capacidad económica suficiente como para mantener dos viviendas: aquella en la que tienen que convivir con sus hijos durante el tiempo estimado, y aquella otra en la que deben residir cuando la custodia la esté ejerciendo el otro progenitor. Por eso decimos que el interés del menor no es un principio absoluto, porque de serlo prevalecería siempre, y no es así. Hay casos, como el que nos ocupa, en los que el interés del menor debe ceder a las posibilidades reales con las que cuentan sus padres tanto en el plano económico, como en el personal.

51. La SAP de Baleares de 31 de mayo de 2007 también otorga el uso de la vivienda familiar a los hijos, siendo los padres los que tienen que mover su domicilio en función de la alternancia en la convivencia. Otra sentencia que se muestra a favor de atribuir a los hijos el disfrute del domicilio familiar es la sentencia de la AP de Castellón de 28 de mayo de 2008: «la vivienda a arrendar no puede constituir motivo alguno que justifique la salida de los menores del domicilio familiar, con el correspondiente quebranto e inestabilidad para los mismos. Precisamente en su día se estableció el régimen de custodia compartida con la finalidad de proporcionar a los hijos una mayor estabilidad, con la consiguiente atribución del uso del domicilio familiar a los mismos de conformidad con lo establecido en el art. 96 del C. Civil».

cos que le permitirían adquirir una nueva. Por tanto, si no existe acuerdo entre los padres, debe ser el juez el que decida qué se hace con la vivienda familiar, siempre teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso, y siempre atendiendo a las necesidades del cónyuge que quede más desprotegido tras el divorcio, pues si bien todas las parejas ven disminuidas sus posibilidades económicas cuando se separan, algunas llegan al punto de no poder seguir manteniendo un nivel de vida ni tan siquiera digno⁵².

Con todo, el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, sobre «Las Reformas del Derecho de Familia», celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, se pronuncia al respecto y señala en sus Conclusiones que: «hubiera sido deseable la reforma del artículo 96 del C.c, en el sentido de que quedara garantizado siempre el derecho de habitación del menor, sin necesidad de que se imponga con carácter rígido la atribución del uso del domicilio familiar al progenitor con el que resida. La reforma adolece de no haber alterado el sistema anterior para adaptarlo a las nuevas circunstancias sociológicas y a la institución de la custodia compartida, por lo que se reclama una puntual modificación legal en este aspecto».

52. Así lo establece la sentencia 31/2008 de 5 de septiembre, dictada por el TSJ de Cataluña cuando dice: «el legislador catalán en el artículo de constante referencia, el 83.2 a) del Codi de Família, ya contempla los supuestos en que la guarda de los hijos/as no se atribuya a uno sólo de los progenitores –como en el de autos–, en cuyo caso establece: «Si la guarda dels fills es distribueix entre els cònjuges, resol l'autoritat judicial». Es decir, en tales casos se faculta a los órganos jurisdiccionales para que adopten la solución más adecuada sobre la atribución del uso del que en su día constituyó el hogar conyugal, en función, obviamente, de la situación fáctica resultante como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial».