

Boletín

SERVICIO DE ESTUDIOS
REGISTRALES DE CATALUÑA



*Registradors de
Catalunya*

157

ENERO-FEBRERO

2012

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. 157

ENERO-FEBRERO DE 2012



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 SEMINARIOS DE CATALUÑA	16
José Luis Valle Muñoz	
I.1. Resumen de los casos planteados en los Seminarios del los días 18 de enero y 1 de febrero de 2012	17
<i>Casos planteados en los seminarios de los días 18 de enero y 1 de febrero de 2012</i>	17
1) <i>Condición resolutoria: concurso del comprador. Cargas posteriores.</i> Nos encontramos con una condición resolutoria en garantía de precio aplazado pactada en el año 2007 y ampliada en cuanto al plazo en el año 2009. A continuación nos encontramos con un embargo a favor de Hacienda. La fecha de la diligencia de embargo es de 26 de marzo de 2010 y el mandamiento de 14 de abril. La fecha de la anotación es el 29 de abril de 2010 (anotación letra A). El 31 de mayo se presenta la declaración de concurso voluntario del comprador, siendo el auto firme de fecha dos de mayo de 2010. Se presenta un mandamiento para que se proceda a la anotación (sic) de una sentencia firme de 20 de abril de 2011 en la que el Juzgado de lo Mercantil ante el que se sigue el concurso voluntario de la compradora, y en cuyo procedimiento comparecen tanto el concursado como la administración concursal, los cuales se allanan, el la que se estima la demanda de la vendedora pues no perjudica ni a terceros ni al interés general. En la demanda se solicita que la finca se devuelva sin carga y se solicita un pronunciamiento expreso. El fallo estima la demanda y ordena la resolución del contrato, sin decir nada de la anotación preventiva. El 1 de diciembre se extiende nota de suspensión de la inscripción por no acompañarse el documento acreditativo de haberse hecho la consignación de la totalidad del precio que ha de restituir el adquirente al transmitente y por no resultar del documento que la Hacienda Pública ha sido citada en el procedimiento para alegar lo que a su derecho convenga en cuanto a ser cumplidos todos los presupuestos de la resolución. Se alega por la abogada de la vendedora que la Hacienda está representada por el administrador concursal.....	17
2) <i>Notario: Incompetencia por ser parte interesada. ¿Puede el Notario otorgar una escritura de cancelación de hipoteca sobre una finca propia? La deudora es una sociedad que construyó unas naves en régimen de propiedad horizontal, las dividió y distribuyó la responsabilidad entre ellas. Una de estas naves la compra el Notario pero no se subroga en la hipoteca. Por lo tanto no es deuda sino propiedad del bien hipotecado</i>	19

- 3) *Ejecución de hipoteca: calificación registral.* Control por el registrador del destino de las cantidades entregadas al acreedor cuando existen terceros. En un decreto de adjudicación hipotecaria se adjudica la finca al acreedor, el cual reclamaba 75000 euros por principal y diez mil por costas y gastos. Finalmente los intereses y costas se cuantifican conjuntamente en 13500. Hay una anotación de embargo posterior a la hipoteca que debe ser cancelada. La responsabilidad hipotecaria superaba los 100.000 euros por principal, los veinte mil de intereses, pero las costas sólo quedan garantizadas hasta 10.000 €. La hipoteca que se ejecuta es muy reciente (constituida en el año 2009) 19
- 4) *Expropiación de carácter urbanístico: Pago del justiprecio.* En un acta de expropiación forzosa donde se practicó la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, una de las titulares fallece antes del pago del justiprecio. Ante la falta de localización de los herederos se acompaña depósito del justiprecio. No obstante, hay interpuesto un recurso contencioso-administrativo respecto del justiprecio fijado por el jurado de Expropiación. Ante la interposición de este recurso ¿Se debe practicar una anotación o una inscripción? 20
- 5) *Hipoteca. Distribución en instancia privada.* ¿Es título hábil para especificar el valor de tasación para subasta de cada una de las fincas afectadas? 21
- 6) *Anotación de embargo. De medida cautelar.* Conversión en definitiva de la medida cautelar que dio lugar a una anotación preventiva de embargo a favor de la Seguridad Social. El acuerdo de conversión se produce dentro de los seis meses de duración de la medida cautelar, si bien se presenta en el Registro una vez transcurrido dicho plazo. ... 21
- 7) *Ejecución de hipoteca: sobre cuota indivisa.* Sobre finca perteneciente a dos personas por mitad. Una de ellas ha sido declarada en concurso, pero se ejecuta sólo la mitad del no concursado. De las cargas posteriores, todas afectan a la mitad del concursado excepto una que grava la totalidad de la finca. ¿Debe autorizar el juez del concurso la cancelación de dicha carga en su totalidad o podría cancelarse la carga sólo en cuanto a la mitad del no concursado? 22
- 8) *Arrendamiento financiero: naturaleza jurídica.* Una entidad mercantil vende una finca a otra, pero se mantiene como arrendataria. La entidad compradora celebra un contrato de arrendamiento con opción de compra a favor de una tercera sociedad, la cual se compromete a respetar el arrendamiento a favor de la primera. ¿Hay incompatibilidad entre ambos arrendamientos? 22
- 9) *Ejecución de hipoteca: concurso del deudor.* En una ejecución de finca respecto de la cual su titular se haya en situación de concurso, consta en el Registro la apertura de la fase de liquidación. Con el título de ejecución se presenta el mandamiento ordenando la cancelación de cargas posteriores..... 23
- 10) *Propiedad horizontal: Crédito preferente por gastos de comunidad.* En un procedimiento ordinario la sentencia declara la preferencia del embargo anotado bajo la letra B, por impago de cuotas de la

comunidad, sobre las hipotecas de las inscripciones 4.ª y 5.ª y sobre la anotación letra A. Se ordena en la misma que en el Registro se haga constar dicha preferencia. En el procedimiento ha comparecido del crédito garantizado con la anotación letra A, el cual se allana a dicha pretensión, pero los titulares de las hipotecas se hallan en rebeldía 24

11) *Urbanismo: traslado de inscripciones.* Posible contradicción entre los artículos 14 a 17 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, con el artículo 148.2 del Reglamento de Urbanismo de Cataluña 26

12) *Concurso de acreedores: Nota al margen de la finca cuya subasta se pretende.* Se solicita la expedición de la certificación de dominio y cargas para la subasta de una finca en procedimiento concursal 26

13) *Documento judicial: prescripción.* Finca adquirida con carácter ganancial, declarada privativa. La sentencia firme declara la prescripción a favor de una mujer divorciada, pero de los hechos relacionados en la misma resulta que tanto al comienzo del plazo como al final del cómputo dicha persona estaba casada, constando en el título su adquisición por disolución de la sociedad de gananciales 27

14) *Propiedad horizontal: anejo. Cambio de Uso.* En una escritura de constitución de finca en régimen de propiedad horizontal se establece que dos de las tres entidades declaradas disfrutarán conjuntamente de un anejo inseparable (un almacén). Asimismo se acompaña una certificación del Ayuntamiento en la se atribuye al departamento número 3 el destino de local pero, sin embargo, es la escritura se describe la entidad tres como vivienda, indicando que la entidad tres actualmente no cumple las condiciones de habitabilidad, pero las cumplirá cuando se realicen las obras de reforma oportunas para habilitar una cocina, lo cual se justifica con certificado técnico. 27

15) *Uso familiar: ejecución de hipoteca.* Nos encontramos con un uso de carácter familiar inscrito en Noviembre de 2010 a nombre de la ex esposa y sus hijos y constituido en virtud de convenio aprobado judicialmente en 2008. Ahora se presenta la ejecución de una hipoteca inscrita en 2006, de la que la ex mujer junto con su ex marido fue prestataria y a cuyo margen consta la nota de expedición de certificación de cargas fechada en junio de 2010 28

16) *Censo: Cancelación de los no divididos.* Se solicita la cancelación de un censo por no haberse dividido conforme a la ley de 1990 entre las diversas fincas a que afectaba. En el año 1995 se hace constar por nota al margen la vigencia del mismo 29

II RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA CIVIL E HIPOTECARIA 30
 Pedro Ávila Navarro

II.1. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012) 31
Publicidad registral: Características del interés del que consulta el Registro
Publicidad registral: Publicidad y protección de datos

- II.2. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 05 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 32
Bienes de carácter público: Los bienes patrimoniales del Ayuntamiento deben venderse por subasta
- II.3. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE OCTUBRE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)** 33
Calificación registral: La nota de calificación debe expresar hechos, fundamentos de derecho y recursos procedentes
Recurso gubernativo: Sólo procede contra la nota de suspensión o denegación, no cuando se practica el asiento
Anotación de prohibición de disponer: Es nueva anotación y no prórroga la que se practica después de caducada la primera
- II.4. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 08 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)** 33
Reanudación del tracto: No puede inscribirse el expediente si no se ha citado a todos los titulares registrales
- II.5. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 20 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 34
Anotación preventiva de embargo: La caducidad de la anotación tiene efectos absolutos y no permite la cancelación de asientos posteriores
- II.6. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 34
Recurso gubernativo: Puede interponerse por representación acreditada en documento privado ratificado ante el registrador
Representación: Las leyes 24/2001 y 24/2005 no se aplican a documentos anteriores
Autocontratación: La actuación no es válida si hay conflicto de intereses
Autocontratación: La actuación es válida cuando está autorizada expresamente, aunque sin requisitos especiales
- II.7. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)** 35
Anotación preventiva de embargo: La cancelación de cargas posteriores debe acordarse en decreto y no en diligencia de ordenación
- II.8. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 25 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 36
Anotación preventiva de embargo: La anotación de embargo cautelar en favor de la Hacienda dura 4 años
- II.9. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 37
Costas: Las precauciones sobre fincas en zona de servidumbre de protección se aplican también a las inmatriculadas

II.10. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 08 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)	37
<i>Documento administrativo:</i> La calificación registral no comprende la elección del procedimiento, pero sí los trámites esenciales	
<i>Urbanismo:</i> La delimitación de la unidad de actuación sólo puede alterarse modificando el instrumento de planeamiento	
II.11. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)	38
<i>Herencia:</i> La declaración judicial de herederos ha de calificarse registralmente como las escrituras públicas	
II.12. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)	39
<i>Obra nueva:</i> En la declaración de obra por el autopromotor es necesario el libro del edificio (Andalucía) 39	
II.13. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)	39
<i>Herencia:</i> En la instancia para inscripción en favor de heredero único debe acreditarse la representación	
<i>Herencia:</i> La instancia para inscripción en favor de heredero único debe tener la firma legitimada	
<i>Herencia:</i> Sobre el impuesto de sucesiones, basta que el documento se haya presentado ante la Administración Tributaria	
II.14. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)	40
<i>Herencia:</i> Los herederos pueden ratificar sin necesidad de documento previo la venta hecha por los causantes	
<i>Herencia:</i> Puede disponerse de bienes de la herencia sin previa liquidación de la sociedad de gananciales	
II.15. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)	41
<i>Viviendas de protección oficial:</i> Sobre las notificaciones a efectos de tanteo y retracto administrativos (Andalucía) 41	
II.16. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)	41
<i>Inmatriculación:</i> La certificación catastral descriptiva y gráfica no es necesaria para la inmatriculación de cuotas en finca ya inmatriculada	
II.17. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)	42
<i>Anotación preventiva de embargo:</i> Puede inscribirse la finca en favor del heredero único para después embargarla por deudas de éste	

- II.18. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 03 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 43
Anotación preventiva de demanda: Puede tomarse de una sentencia no firme en procedimiento contencioso-administrativo
- II.19. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)** 43
Bienes de carácter público: La adjudicación de un bien patrimonial en concurso público debe documentarse en escritura pública
- II.20. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)** 44
Anotación preventiva de embargo: La caducidad de la anotación tiene efectos absolutos e impide la cancelación de cargas posteriores
- II.21. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)** 44
Propiedad horizontal: Configuración de las plazas de garaje
- II.22. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 45
Comunidad: Puede disolverse con adjudicaciones en usufructo y nuda propiedad
- II.23. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 45
Descripción de la finca: No es necesario el detalle de los distintos elementos que se encuentren en el interior
Inmatriculación: No es trascendente la omisión en la descripción de una carretera que atraviesa la finca según el Catastro
Calificación registral: El registrador no puede calificar el fundamento de la resolución judicial
Exceso de cabida: Es necesaria certificación catastral descriptiva y gráfica si excede de la vigésima parte de la cabida inscrita
- II.24. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)** 46
Régimen económico matrimonial: Debe indicarse si es el legal o el convencional cuando se otorga en territorios de régimen distinto
Régimen económico matrimonial: El notario no tiene que expresar las razones por las que llega a la conclusión de un determinado régimen económico matrimonial
Derecho notarial: El notario no tiene que expresar las razones por las que llega a la conclusión de un determinado régimen económico matrimonial

II.25. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)	47
<i>Usufructo:</i> El vitalicio dura por la vida del adquirente, aunque se haya adquirido con carácter ganancial	
<i>Usufructo:</i> Posibilidad del usufructo de usufructo, de nuda propiedad, nuda propiedad de usufructo y nuda propiedad de nuda propiedad	
II.26. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 09 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)	48
<i>Propiedad horizontal:</i> Pueden incluirse normas estatutarias sobre elementos comunes no descritos en la declaración de obra nueva	
<i>Propiedad horizontal:</i> El elemento común como concepto residual	
II.27. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)	49
<i>Herencia:</i> Contador partidor: La partición del contador es inscribible sin aprobación de herederos y legitimarios	
<i>Herencia:</i> Contador partidor: El contador testamentario puede actuar aunque haya menores o incapacitados	
II.28. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 12 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)	49
<i>Calificación registral:</i> Debe entenderse pedida la inscripción de todos los actos comprendidos en el documento presentado	
<i>Calificación registral:</i> La inscripción parcial requiere consentimiento de los interesados	
II.29. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)	50
<i>Anotación preventiva de prohibición de disponer:</i> La extendida en favor de la Administración no puede cancelarse por silencio administrativo	
II.30. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 02 DE FEBRERO DE 2012)	51
<i>Calificación registral:</i> Desestimado el recurso por silencio administrativo no puede presentarse el título a nueva calificación	
II.31. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 02 DE FEBRERO DE 2012)	52
<i>Anotación preventiva de embargo:</i> Embargo de gananciales con la sociedad disuelta	
II.32. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 17 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)	53
<i>Obra nueva:</i> En la obra antigua la situación de fuera de ordenación puede acreditarse después de la inscripción	

- II.33. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)** 54
Urbanismo: El órgano judicial que ejecuta una sentencia de intervención debe determinar los asientos que deben practicarse
Documento judicial: Posible actuación de oficio del registrador para colaborar con la Autoridad judicial
- II.34. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)** 55
Anotación preventiva de embargo: No puede cancelarse la que no se ha practicado
- II.35. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 20 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)** 55
Recurso gubernativo: Posibilidad de acumulación de recursos del mismo recurrente con igualdad de supuestos
Obra nueva: No puede cancelarse a instancia del Ayuntamiento
- II.36. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)** 56
Obra nueva: No puede inscribirse sin licencia de primera ocupación, aunque se trate de autopromotor individual (Castilla-La Mancha)
- II.37. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)** 57
Inmatriculación: La doble titulación exigida para inmatricular ha de ser documentación pública
- II.38. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)** 57
Hipoteca: Hipoteca por cuenta corriente de crédito: Puede hacerse constar el saldo en el Registro aunque haya cargas posteriores
- II.39. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)** 58
Propiedad horizontal: Es inscribible el régimen aunque el edificio esté inscrito como en construcción
- II.40. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)** 59
División y segregación: La licencia por silencio administrativo no puede adquirirse en contra de la ordenación territorial o urbanística
- II.41. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)** 59
División y segregación: La que da lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima necesita licencia aunque se otorgara antes de la Ley de 1995

II.42. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	60
<i>Usufructo:</i> Es necesaria autorización judicial para la venta por el tutor	
II.43. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	60
<i>Recurso gubernativo:</i> Sólo procede contra la nota de suspensión o denegación, no cuando se practica el asiento	
II.44. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 01 DE FEBRERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	61
<i>Cancelación:</i> Puede cancelarse una inscripción de dominio sin cancelar las cargas que lo graven	
<i>Principio de tracto sucesivo:</i> Puede cancelarse una inscripción de dominio sin cancelar las cargas que lo graven	
II.45. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE FEBRERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	61
<i>Recurso gubernativo:</i> Extemporaneidad del recurso por el notario después de un mes de la notificación por fax	
II.46. RESOLUCIN DE LA DGRN DE 02 DE F EBRERO DE 2012; (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	62
<i>Herencia:</i> Sustitución vulgar: No es necesario acreditar la inexistencia de sustitutos vulgares distintos de los que comparecen	
II.47. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE FEBRERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	62
<i>Hipoteca:</i> Hipoteca cambiaria: La cancelación en procedimiento judicial requiere inutilización de las letras	
III RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA MERCANTIL	64
Pedro Ávila Navarro	
III.1. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2011 (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)	65
<i>Sociedad profesional:</i> No es necesario precisar la numeración de las participaciones de socios profesionales	
III.2. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2011. (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)	65
<i>Sociedad anónima:</i> Aportaciones: La aportación dineraria a un aumento de capital no puede justificarse por informe de auditoría	
III.3. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2011. (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)	66
<i>Sociedad limitada:</i> 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

- III.4. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 09 FEBRERO DE 2012)** 66
Sociedad anónima: Cuentas: No pueden depositarse sin informe del auditor pedido por la minoría
- III.5. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 66
Sociedad limitada: Constitución por procedimiento de urgencia: No es necesario acreditar la exención del impuesto
- III.6. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2011)** 67
Sociedad limitada: Cuentas: El cierre por falta de depósito de cuentas impide depositar las de ejercicios siguientes
- III.7. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 09 DE F FEBRERO DE 2012)** 68
Sociedad limitada: Cuentas: La sociedad obligada a auditoría debe presentar informe de gestión
- III.8. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 02 DE FEBRERO DE 2012)** 68
Sociedad limitada: Cuentas: Es necesaria la huella digital en la certificación para presentación en soporte magnético
- III.9. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)** 69
Sociedad limitada: Cuentas: Es necesaria la huella digital en la certificación para presentación en soporte magnético
- III.10. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 07 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)** 69
Sociedad limitada: Aumento de capital: La publicación de la oferta de asunción preferente es exigible incluso cuando el acuerdo se toma en junta universal
Sociedad limitada: Aumento de capital: Los administradores fijarán el plazo de asunción preferente no fijado por la junta
Sociedad limitada: Aumento de capital: La manifestación de íntegro desembolso no es exigible si el desembolso resulta de la escritura
Sociedad limitada: Modificación de estatutos: La información previa a los socios no puede exigirse en la junta universal
Sociedad limitada: Modificación de estatutos: La modificación de los derechos de voto requiere consentimiento de todos los socios

III.11. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)	71
<i>Sociedad limitada:</i> Constitución por procedimiento de urgencia: No es necesario acreditar la exención del impuesto	
III.12. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)	71
<i>Registro de Bienes Muebles:</i> No puede embargarse un vehículo con titularidad contradictoria en la Dirección General de Tráfico	
III.13. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)	71
<i>Sociedad anónima:</i> Administración: En el nombramiento de consejero extranjero debe constar el NIE	
III.14. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)	72
<i>Sociedad limitada:</i> Aumento de capital: En el aumento por compensación de créditos debe constar la fecha de constitución del crédito	
III.15. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	72
<i>Sociedad limitada:</i> Participaciones: La valoración a efectos del derecho de preferente adquisición no puede quedar al arbitrio de la sociedad	
III.16. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 30 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	73
<i>Sociedad limitada:</i> Administración: Forma de notificación del nombramiento de un órgano con facultad certificante	
<i>Derecho notarial:</i> Notificación por correo certificado y notificación personal por el notario	
III.17. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE FEBRERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)	74
<i>Sociedad limitada:</i> Constitución por procedimiento de urgencia: Objeto definido por criterio de actividad sin referencia al sector económico	
<i>Sociedad profesional:</i> Referencia a actividades profesionales entendida como no incluidas las que son objeto de la Ley especial	
IV ACTUALIDAD PARLAMENTARIA	75
María Isabel de la Iglesia Monje	
IV.1. PROYECTO DE LEY	77
<ul style="list-style-type: none"> • Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos..... 77 	

IV.2. PROPOSICIONES DE LEY de Grupos Parlamentarios del Congreso	78
• Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español.....	78
• Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para facilitar la participación política de las Fuerzas de Seguridad de carácter civil, fuera del ejercicio de sus funciones.	78
• Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la despenalización de las injurias a la Corona.	80
• Proposición de ley de Grupos Parlamentarios del Congreso. Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda.	82
• Proposición de ley de Grupos Parlamentarios del Congreso. Proposición de Ley Orgánica sobre disponibilidad de la propia vida.	84
V NOVEDADES LEGISLATIVAS	86
V.1. RESOLUCIÓN de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se resuelve el concurso ordinario n.º 283 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 2 de diciembre de 2011 y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos (BOE DE 31/01/2012).....	87
V.2. RESOLUCIÓN JUS/183/2012, de 6 de febrero, de nombramiento de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles (DOGC 13/02/2012)	87
V.3. RESOLUCIÓN JUS/184/2012, de 6 de febrero, de nombramiento de notarios y notarias para proveer varias notarías vacantes en el territorio de Cataluña (DOGC 13/02/2012).....	87
V.4. LEY 1/2012, de 22 de febrero, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2012 (DOGC 27/02/2012).....	87
V.5. RESOLUCIÓN de 13 de febrero de 2012, de la Secretaría de Estado de Planificación e Infraestructuras, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de enero de 2012, por el que se establece la cuantía del Módulo Básico Estatal para 2012 (Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012) (BOE 28/02/2012).....	87
V.6. LEY 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto (DOGC 29 de febrero de 2012).....	88

VI	COLABORACIONES	89
VI.1.	ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD DEL «MENOR MADURO»: EL CAMINO DE LA INCOHERENCIA LEGISLATIVA	90
	María José García Alguacil	

I

SEMINARIOS DE CATALUÑA

José Luis Valle Muñoz

I.1.

Resumen de los casos planteados en los Seminarios del los días 18 de enero y 1 de febrero de 2012

Casos planteados en los seminarios de los días 18 de enero y 1 de febrero de 2012

1) **Condición resolutoria: concurso del comprador. Cargas posteriores.** Nos encontramos con una condición resolutoria en garantía de precio aplazado pactada en el año 2007 y ampliada en cuanto al plazo en el año 2009. A continuación nos encontramos con un embargo a favor de Hacienda. La fecha de la diligencia de embargo es de 26 de marzo de 2010 y el mandamiento de 14 de abril. La fecha de la anotación es el 29 de abril de 2010 (anotación letra A). El 31 de mayo se presenta la declaración de concurso voluntario del comprador, siendo el auto firme de fecha dos de mayo de 2010.

Se presenta un mandamiento para que se proceda a la anotación (sic) de una sentencia firme de 20 de abril de 2011 en la que el Juzgado de lo Mercantil ante el que se sigue el concurso voluntario de la compradora, y en cuyo procedimiento comparecen tanto el concursado como la administración concursal, los cuales se allanan, el la que se estima la demanda de la vendedora pues no perjudica ni a terceros ni al interés general. En la demanda se solicita que la finca se devuelva sin carga y se solicita un pronunciamiento expreso. El fallo estima la demanda y ordena la resolución del contrato, sin decir nada de la anotación preventiva.

El 1 de diciembre se extiende nota de suspensión de la inscripción por no acompañarse el documento acreditativo de haberse hecho la consignación de la totalidad del precio que ha de restituir el adquirente al transmitente y por no resultar del documento que la Hacienda Pública ha sido citada en el procedimiento para alegar lo que a su derecho convenga en cuanto a ser cumplidos todos los presupuestos de la resolución.

Se alega por la abogada de la vendedora que la Hacienda está representada por el administrador concursal.

En el presente caso concurren tres hechos relevantes:

1) La condición resolutoria a favor de la vendedora es preferente a la anotación de embargo a favor de Hacienda y, asimismo, a la anotación del concurso del comprador.

2) El juez del concurso es el competente para decidir en cuanto a la resolución o no de la compraventa y ello en base al artículo 62 de la propia Ley concursal, el cual establece que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

3) Si bien todos los acreedores del concursado, ordinarios o no, quedan de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas por las leyes (artículo 49 Ley concursal), Hacienda se encuentra en la situación prevista en el artículo 55, es decir podría continuar el procedimiento de ejecución al haberse dictado la dili-

gencia de embargo antes de la declaración del concurso, siempre que el bien no resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Debemos recordar que esta declaración corresponde al Juez del concurso. Así la resolución de la DGRN de 6 de junio de 2009 señala que La cuestión de si se trata o no de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad (que son los únicos a los que la suspensión de la ejecución pudiera afectar), es una cuestión de apreciación judicial, a la que no se extiende la calificación registral cuando no consta registralmente tal afección del bien a las actividades profesionales o empresariales del deudor. Dicha afección depende de factores extrarregistrales cuya consideración sólo puede apreciarse en vía jurisdiccional, en base a posibles recursos interpuestos por la administración judicial.

4) La consignación del sobrante a favor de los acreedores cuyas inscripciones o anotaciones serán objeto de cancelación.

Si la sociedad adquirente no se encontrase en concurso es claro que Hacienda hubiese tenido que ser parte en el procedimiento de resolución y ello porque, como señala la resolución de la DGRN de 1 de abril de 2011 «con la inscripción de la condición resolutoria explícita se confiere eficacia real a la eventual acción resolutoria y se evita la afectación a terceros del art. 34 LH, pero eso no significa que la sentencia declarativa de la resolución de la compraventa dictada en pleito entablado sólo contra el comprador permita la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último, pues hay que tener en cuenta que los efectos de la sentencia se concretan a las partes, que la rectificación de asientos presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho, que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos, que se trata de asientos extendidos antes de la anotación de la demanda de resolución y que los titulares de tales asientos no sólo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución».

Al encontrarse la sociedad en concurso, la Hacienda es un acreedor integrado en la masa pasiva pero con un derecho de ejecución si el bien no fuese de los afectos. Es más, esta ejecución podría haber ya principiado con lo que se podría producir que posteriormente apareciese la enajenación de la finca, la cual habría que denegar. Se podría producir una situación semejante a la de la ejecución de una hipoteca ya cancelada, cuestión que ha sido abordada por la Dirección General en diversas resoluciones, principiando por la de 26 de abril de 1991, con arreglo a las cuales la imposibilidad de cancelación sin levantamiento de la nota acreditativa de la ejecución radica en la necesidad de evitar una irregular cancelación de una hipoteca en ejecución cuando la finca ya estuviera subastada y pendiente de la presentación en el Registro del testimonio del auto. Por ello, al menos en este aspecto, debe Hacienda, cuanto menos intervenir dándose por enterada de la resolución o hacer referencia el mandamiento de cancelación del Juez de lo mercantil a dicho conocimiento.

Por último, en cuanto a la consignación del sobrante, es doctrina consolidada de la DGRN la subrogación real que se produce en el caso de cancelación de cargas como consecuencia del ejercicio de una condición resolutoria. Ni siquiera es óbice el hecho de que se haya pactado una cláusula penal a favor del vendedor pues, como señala la res de 10 de diciembre de 2010, es necesario el depósito de la cantidad entregada en un establecimiento bancario o caja oficial, ya que el pacto de no devolución de la cantidad entregada, al tratarse de una pena, está sujeto a moderación judicial.

- 2) **Notario: Incompetencia por ser parte interesada. ¿Puede el Notario otorgar una escritura de cancelación de hipoteca sobre una finca propia? La deudora es una sociedad que construyó unas naves en régimen de propiedad horizontal, las dividió y distribuyó la responsabilidad entre ellas. Una de estas naves la compra el Notario pero no se subroga en la hipoteca. Por lo tanto no es deuda sino propiedad del bien hipotecado.**

El artículo 139 del Reglamento Notarial es confuso, pues tras señalar que «Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí las en que sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos», norma que tiene por objeto el evitar el abuso que supondría su intervención para la otra parte del negocio, añade el siguiente párrafo que «en tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones».

La expresión «en tal sentido» lleva a la conclusión de que la cancelación debe referirse a aquellos supuestos en que no hay perjuicio para tercero. Así, por ejemplo, podría otorgar la escritura de cancelación cuando él es el acreedor hipotecario, no cuando cancelación el derecho de un tercero.

La cuestión cobra especial relevancia dado el juicio de suficiencia de la representación que el Notario debe efectuar del que actúa en nombre de la entidad de crédito (artículo 98 Ley 24/2001 reformado por Ley 24/2005), pues todo juicio requiere de una independencia de la que adolecería el fedatario cuando se trata de la cancelación de una hipoteca sobre finca propia, acto que objetivamente le beneficia y ello con independencia de que no sea el deudor.

- 3) **Ejecución de hipoteca: calificación registral. Control por el registrador del destino de las cantidades entregadas al acreedor cuando existen terceros. En un decreto de adjudicación hipotecaria se adjudica la finca al acreedor, el cual reclamaba 75000 euros por principal y diez mil por costas y gastos. Finalmente los intereses y costas se cuantifican conjuntamente en 13500. Hay una anotación de embargo posterior a la hipoteca que debe ser cancelada. La responsabilidad hipotecaria superaba los 100.000 euros por principal, los veinte mil de intereses, pero las costas sólo quedan garantizadas hasta 10.000 €. La hipoteca que se ejecuta es muy reciente (constituida en el año 2009).**

La hipoteca en garantía de intereses de demora o de costas tiene el carácter de hipoteca de máximo dado que la fijación de la obligación debe realizarse por medios extrarregistrales. Respecto de estas cantidades no se sabe si nacerá la obligación y, en caso de hacerlo, el importe que alcanzará. El hecho de que se exija una responsabilidad independiente por estas cantidades supone convertirlas en departamentos estanco. Lo mismo ocurre con los intereses cuando se pactan con carácter variable. En los tres casos es preciso fijar un máximo de responsabilidad hipotecaria. El carácter estanco supone que la parte que quede vacante en alguno de estos departamentos no puede ser llenado por el exceso en los otros. No obstante, esto debe matizarse según existan terceros posteriores a la hipoteca que se ejecuta y cuyo derecho deba ser cancelado.

La LEC establece en el artículo 692 que el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los

titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra.

Por su parte, el artículo 132 de la LH extiende la calificación del registrador a la comprobación de que «lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria».

En consecuencia, si no hay terceros, al acreedor debe satisfacerse la totalidad de su deuda, por lo que los límites de responsabilidad hipotecaria no juegan, pero en caso de existencia de los mismos, debe el registrador vigilar que no se rebosen las respectivas coberturas hipotecarias.

4) Expropiación de carácter urbanístico: Pago del justiprecio. En un acta de expropiación forzosa donde se practicó la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, una de las titulares fallece antes del pago del justiprecio. Ante la falta de localización de los herederos se acompaña depósito del justiprecio. No obstante, hay interpuesto un recurso contencioso-administrativo respecto del justiprecio fijado por el jurado de Expropiación. Ante la interposición de este recurso ¿Se debe practicar una anotación o una inscripción?

Las expropiaciones de carácter urbanístico aparecen reguladas en la Ley del Suelo, la LUC, en el RUC y el Real Decreto 1093/97.

El artículo 30,3 de la Ley del Suelo establece que «llegado el momento del pago del justiprecio, sólo se procederá a hacerlo efectivo, consignándose en caso contrario, a aquellos interesados que aporten certificación registral a su favor, en la que conste haberse extendido la nota del artículo 32 del RH, o en su defecto, los títulos justificativos de su derecho, completados con certificaciones negativas del Registro de la Propiedad referidas a la misma finca descrita en los títulos. Si existiesen cargas deberán comparecer los titulares de las mismas». Por ello, la consignación del justiprecio es un mecanismo adecuado para continuar el procedimiento en el caso de que el pago no se pueda hacer efectivo.

Por su parte, el artículo 25,6 del Real Decreto 1093/97, sobre normas complementarias al RH para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, establece en cuanto al justiprecio la posibilidad de que el mismo se realice mediante acta de depósito del mismo en la que se haga constar la comparecencia del ministerio fiscal si se tratare de titulares desconocidos o no comparecientes. No se acredita en el presente caso la intervención de dicha autoridad.

Por otra parte, si la interesada, antes de su fallecimiento, interpuso recurso judicial contra la decisión del Jurado de Expropiación, el mismo no paraliza la inscripción pues lo único que se discute es la cantidad a entregar o consignar, no la transmisión de la propiedad. Así el artículo 50 de la Ley de Expropiación Forzosa señala que «cuando el propietario rehusare recibir el precio o cuando existiere cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, se consignará el justiprecio por la cantidad que sea objeto de discordia en la Caja General de

Depósitos, a disposición de la autoridad o Tribunal competente. Añade el artículo 51 que «hecho efectivo el justo precio, o consignado en la forma prevista en el artículo anterior, podrá ocuparse la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiado».

5) Hipoteca. Distribución en instancia privada. ¿Es título hábil para especificar el valor de tasación para subasta de cada una de las fincas afectadas?

Lo cierto es que el artículo 216 del RH, tras establecer que no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder, permite que dicha distribución se realice en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas. No obstante, el precepto se refiere en exclusiva a la responsabilidad hipotecaria no a la tasación de las fincas.

Cierto es que la DGRN ha dado un carácter amplio a este precepto y así, en la resolución de 7 de enero de 2004 considera aplicable el precepto no sólo a los casos de subsanación del título por falta de distribución sino también a las distribuciones que se pretendan a posteriori. Incluso lo admite cuando alguna de las fincas quede liberada de la hipoteca siempre que se mantenga la suma de la responsabilidad hipotecaria de las restantes. No obstante, en estos casos la resolución está llenando un vacío legal. En el caso de la tasación hay una serie de preceptos, como el artículo 682 de la LEC que exigen escritura pública («cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que se cumplan los requisitos siguientes...que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta»).

¿Podría considerarse que el hecho de haberse establecido el valor de subasta del edificio en escritura pública supone el cumplimiento de este requisito en aquellos casos en la distribución en la instancia se realice con arreglo a criterios objetivos? Esta no es una cuestión registral, sino judicial, pues de nada sirve que el registrador lo admita si en el momento de la ejecución la autoridad judicial rechaza la ejecución por esta carencia.

6) Anotación de embargo. De medida cautelar. Conversión en definitiva de la medida cautelar que dio lugar a una anotación preventiva de embargo a favor de la Seguridad Social. El acuerdo de conversión se produce dentro de los seis meses de duración de la medida cautelar, si bien se presenta en el Registro una vez transcurrido dicho plazo.

Esta cuestión es muy similar al supuesto de hecho de la resolución de la DGRN de 25 de octubre de 2011, con la diferencia de que el embargante era la Agencia Tributaria. En dicho supuesto el propietario de la finca era quien solicitaba la cancelación de la anotación por transcurso de los seis meses, pero la DG señala que el plazo de duración de dichas anotaciones no es de seis meses, plazo de la medida cautelar, sino de cuatro años, por no señalar la Ley un plazo peculiar para estas anotaciones y por ello debe aplicarse el plazo general. Debe diferenciarse el plazo de la medida preventiva que, con arreglo al artículo 81 de la Ley General Tributaria es de seis meses prorrogables por otros seis, del plazo de la anotación, para el que rige la regla general del artículo 86 de la LH.

No obstante, si la conversión se acordase después de transcurrido el plazo de seis meses el Registrador debería denegar, pero en virtud de su calificación del fondo del asunto, no porque surja un obstáculo del Registro. En el presente caso la conversión se acuerda dentro de plazo pero se presenta en el Registro el mandamiento de conversión después de transcurrido dicho plazo de seis meses en cuyo caso si el asiento está vigente (cuatro años) se conserva la prioridad.

7) Ejecución de hipoteca: sobre cuota indivisa. Sobre finca perteneciente a dos personas por mitad. Una de ellas ha sido declarada en concurso, pero se ejecuta sólo la mitad del no concursado. De las cargas posteriores, todas afectan a la mitad del concursado excepto una que grava la totalidad de la finca. ¿Debe autorizar el juez del concurso la cancelación de dicha carga en su totalidad o podría cancelarse la carga sólo en cuanto a la mitad del no concursado?

Hay que partir de la idea de que las fincas no están en concurso. Lo que están en concurso son las personas, lo cual afecta a sus derechos y a sus fincas. Por ello, en este caso el derecho afectado por la situación concursal es la mitad perteneciente al concursado. Este bien se integra en la masa de la quiebra, pero no así la otra mitad indivisa y los acreedores que integran la lista son los del concursado, no los del copropietario.

El ejecutante adquiere la finca libre de cargas en cuanto al derecho ejecutado, que es la mitad de la finca. Por ello, procede la cancelación de parcial de dicha carga, es decir, sólo en cuanto a la mitad de la finca, sin que ello prejuzgue cuestión alguna en cuanto al derecho protegido, que ahora lo será sólo por la mitad perteneciente al concursado, ni los derechos de su titular en el concurso, que dependerán de sus características personales (si es o no una administración), reales (si el bien está o no afecto a la actividad) y crediticias (si goza de algún derecho de separación o de privilegio).

8) Arrendamiento financiero: naturaleza jurídica. Una entidad mercantil vende una finca a otra, pero se mantiene como arrendataria. La entidad compradora celebra un contrato de arrendamiento con opción de compra a favor de una tercera sociedad, la cual se compromete a respetar el arrendamiento a favor de la primera. ¿Hay incompatibilidad entre ambos arrendamientos?

En el Derecho español sólo en la DA 7.^a de la Ley reguladora de la Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (ley 26/1988) de 29 de julio, encontramos una alusión al leasing financiero acogedora de sus caracteres estructurales. Dice la citada definición: «Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles e inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario.»

Como señala José María de la Cuesta Rute, «la verdadera función económica, que constituye la razón de ser del leasing, no es otra que la de financiar la explotación de un bien que viene

requerida por el proceso productivo del usuario. El fin empírico económico que mueve a las partes a celebrar el contrato de leasing es el de financiar la explotación del bien, de modo que puede decirse que en ese fin empírico reside la causa del contrato para una y otra parte: para la financiera y para el usuario, por lo que en verdad aquel fin de carácter económico trasciende el ámbito de los motivos subjetivos de alguna de las partes para llegar a poder ser considerado causa del contrato».

Dada esta finalidad de financiación de la adquisición del bien que el contrato de leasing supone, el mismo es compatible con el uso de la finca por parte de un tercero, ya sea como arrendatario o subarrendatario, pero siempre que, desde el punto de vista del arrendatario financiero se cumpla alguno de los amplios fines que prevé la normativa legal (permitir el uso por otro puede implicar una actividad de servicios, profesional, etc.).

9) *Ejecución de hipoteca: concurso del deudor. En una ejecución de finca respecto de la cual su titular se haya en situación de concurso, consta en el Registro la apertura de la fase de liquidación. Con el título de ejecución se presenta el mandamiento ordenando la cancelación de cargas posteriores.*

En base al artículo 56 de la ley concursal la iniciación de un concurso de acreedores paraliza cualquier ejecución que recaiga sobre los bienes del concursado que estén afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. Si a la fecha de la declaración del concurso cualquiera de las ejecuciones ya se hubiera iniciado, la regla general es que se paralizarán hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del citado derecho o hubiere transcurrido un año sin la aprobación de convenio alguno ni la apertura de la liquidación. De forma excepcional, la ejecución ya iniciada continuará si a la fecha del inicio del concurso ya se hubieren publicado los anuncios de la subasta, siempre y cuando los bienes ejecutados no fueren necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso contrario, a pesar de la publicación de los anuncios, procedería la paralización de la ejecución. Cuando los bienes objetos de garantía real, no estuviesen afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva de titularidad del mismo o no fueren necesarios para la continuidad de esta actividad, no se verán afectados por la declaración concursal.

La resolución de la DGRN de 6 de junio de 2009 en un recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de expedir una certificación de titularidad y cargas en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecado porque, con posterioridad a la hipoteca, consta anotada preventivamente la declaración de concurso del deudor y la declaración del juez del concurso de que el bien está afecto a la actividad empresarial de la entidad concursada y tiene carácter necesario para la continuidad de la misma, hace una interpretación estricta de los casos de paralización (Con el antecedente de la Resolución de 28 de Noviembre de 2007): Es posible la ejecución hipotecaria al margen del juez del concurso cuando concurren dos requisitos:

- a) Que ya se hayan publicado los anuncios para la subasta.
- b) Que no conste registralmente la afectación de los bienes a la actividad profesional del concursado. El que un bien este afecto o no esta actividad profesional es de la exclusiva apreciación del juez, sin que ello sea calificable por el registrador. Como en el caso estudiado consta en la declaración de afectación a la actividad profesional y el carácter necesario para su continuidad, han de suspenderse las actividades iniciadas con anterioridad a la fecha de declaración del concurso en ejercicio de las acciones de los acreedores con garantía real sobre dicho

bien, y por ello no cabe expedir la certificación y practicar la nota marginal derivada de la misma.

La reciente resolución de 6 de octubre de 2011 añade que si no consta 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 ejecución no puede llevarse a cabo en ningún caso, siendo nulas, como afirma el apartado 3 del artículo 55 de la Ley Concursal, todas las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 del mismo artículo (y esto coincide con la doctrina expuesta en los fundamentos de Derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Jurisdicción y Competencia, de 22 de junio de 2009).

En el caso planteado en el seminario, hasta que no conste esta declaración del Juzgado de lo Mercantil de que los bienes no son necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial no podrá ni practicarse la inscripción ni procederse a la cancelación de derecho alguno.

10) Propiedad horizontal: Crédito preferente por gastos de comunidad. En un procedimiento ordinario la sentencia declara la preferencia del embargo anotado bajo la letra B, por impago de cuotas de la comunidad, sobre las hipotecas de las inscripciones 4.ª y 5.ª y sobre la anotación letra A. Se ordena en la misma que en el Registro se haga constar dicha preferencia. En el procedimiento ha comparecido del crédito garantizado con la anotación letra A, el cual se allana a dicha pretensión, pero los titulares de las hipotecas se hallan en rebeldía.

La DGRN, en su resolución de 10 de agosto de 2006, resuelve la constancia del carácter preferente y privilegiado de un crédito por impago de gastos de comunidad, al amparo del artículo 9 de la LPH, existiendo una hipoteca y un embargo inscritos con anterioridad. La DG deniega dicha constancia pero funda su razonamiento en que no han sido parte en el correspondiente procedimiento en que dicho privilegio y preferencia ha sido declarado. Si lo hubiesen sido, llegada la ejecución podrían cancelarse todas aquellas cargas frente a las que ha sido declarada preferente la deuda y si se ejecutase alguna de esas cargas postergadas la adjudicación se produciría con subsistencia de la afección declarada preferente.

No podemos estar de acuerdo con esta doctrina, más concorde con la redacción del artículo 9 de la LPH en el año 1960 que con la redacción en la Ley de 1998. Además, con posterioridad a la LPH se promulgan dos leyes que modalizan la naturaleza jurídica de la deuda con la comunidad de propietarios, como son la LEC y la Ley Concursal. En resumen podrían esgrimirse los siguientes argumentos en contra de practicar dicho carácter privilegiado.

a) *Los privilegios se ejercitan en el procedimiento correspondiente, no en sede registral.* El artículo 613 de la LEC establece que «el embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente *por sentencia dictada en tercería de mejor derecho.*

En sede de ejecución hipotecaria *no caben las tercerías de mejor derecho*, dado el carácter de derecho real que supone la hipoteca, que ya ha detruido del patrimonio del deudor, con arreglo al artículo 1911 del CC, aquel monto que sea necesaria para satisfacer la obligación en

caso de incumplimiento. Por ello, el artículo 692 de la LEC establece que «El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado»

b) Tanto la LPH como la legislación catalana regulan la afección real únicamente para el supuesto de cambio de titular de la finca sujeta al régimen de propiedad horizontal y por cuya razón se genera la deuda. Así, la LPH separa en dos párrafos diferentes lo que es el privilegio de lo que es la afección real y así el artículo 9, 1, letra e), párrafo 2.º se refiere al privilegio («los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso, y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 del CC y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3, 4 y 5 de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores²) y el párrafo 3.º se refiere a la afección real prevista para no dejar indefensa a la comunidad en caso de cambio de titular por las deudas no satisfechas por el propietario anterior («el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación»).

En igual sentido se manifiesta la legislación catalana en el Libro V, que no recoge el privilegio porque su regulación sería más propia de un libro de obligaciones que de uno de derechos reales. Sí recoge la afección real que la aplica tanto respecto del titular actual como respecto del propietario anterior. No obstante, la referencia al titular actual es fruto de una mala regulación legal, pues si nos fijamos el cómputo del plazo al que se extiende esta afección se extiende desde la transmisión lo cual implica que esta afección sólo surge en el caso de cambio de titularidad y, al igual que en la LPH, pretende proteger a la comunidad frente al propietario anterior deudor con la afección del piso adquirido por el propietario actual no deudor (en este sentido, establece el artículo 553,5,1 del Libro V que «los elementos privativos están afectos con carácter real y responden del pago que deben los titulares, así como los anteriores titulares, por razón de gastos comunes, ordinarios o extraordinarios, que correspondan a la parte vencida del año en que se transmiten y al año natural inmediatamente anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de quien transmite).

c) La Ley Concursal ni siquiera considera estas cantidades como crédito privilegiado y así, ni el artículo 90 las recoge entre los crédito con privilegio especial, ni el artículo 91 entre las que gozan de privilegio general.

En definitiva, si las cantidades que constituyen el crédito a favor de la comunidad de propietarios gozan de privilegio (artículo 9,1, letra e párrafo 2, que rige en Cataluña en tanto no se apruebe el Libro regulador de las Obligaciones), la comunidad podría interponer la correspondiente tercería de mejor derecho en el procedimiento que dio lugar a la anotación letra A, y no tendrían más que preferencias sobre el sobrante respecto de la ejecución de cualquiera de las hipotecas. En este sentido, y pese a la mencionada resolución de la DGRN, debería rechazarse la constancia registral de dicha preferencia.

11) Urbanismo: traslado de inscripciones. Posible contradicción entre los artículos 14 a 17 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, con el artículo 148.2 del Reglamento de Urbanismo de Cataluña.

En los casos de reparcelación, si la finca es adjudicada al titular registral según la certificación de dominio y cargas expedida por el registrador, pero al presentarse el proyecto se han inscritos nuevos derechos en el Registro con posterioridad a la práctica de la nota marginal acreditativa de aquella expedición o cuando no exista dicha nota marginal, el artículo 148.2 del RUC establece que estos derechos se trasladan directamente y de oficio por el registrador a las fincas de resultado que las sustituyen por subrogación.

Existe pues una diferencia, con lo establecido en los artículos 14 y 17 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las «normas complementarias al RH para la inscripción en el Registro de la Propiedad de acto de naturaleza urbanística», que prevén la inscripción a favor del titular según la certificación y el proyecto (o el que resulte del proyecto si es posterior al que resulte de la certificación pero no el último titular registral), y la cancelación de las inscripciones de dominio posteriores a dicho adjudicatario. Lo mismo se hará con los demás derechos y cargas no mencionados en el proyecto. Esta cancelación formal se hará constar por nota marginal.

Para la inscripción de estas titularidades y cargas será necesaria la presentación del título que motivó la práctica del asiento cancelado, acompañada de la rectificación que corresponda, formalizada en escritura pública, en la que se hagan constar las circunstancias y descripción de las fincas resultantes del proyecto y la conformidad para la práctica de los nuevos asientos del titular registral de la finca adjudicada y de los titulares de los derechos cancelados.

La contradicción entre ambas normativas debe resolverse a favor de la normativa estatal pues aunque el urbanismo es una materia de competencia autonómica, no lo es la ordenación de los Registros Públicos y, por lo tanto, la forma de practicar los asientos. La forma de proceder del Real Decreto 1093/97 ha sido ratificada por la Ley del Suelo, cuyo artículo 54 que recoge los tres pasos de cancelación formal, nota marginal de traslado e inscripción previa corrección del título. Además, esta es una normativa más concorde con la protección de los derechos de los titulares registrales, a través de su intervención, y con el principio de rogación, directrices ambas que rigen con carácter general el procedimiento registral.

12) Concurso de acreedores: Nota al margen de la finca cuya subasta se pretende. Se solicita la expedición de la certificación de dominio y cargas para la subasta de una finca en procedimiento concursal.

En la fase de liquidación, el artículo 149,3 de la Ley concursal establece que «los bienes a que se refiere la regla 1, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la **Ley de Enjuiciamiento Civil** para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155», es decir, la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que

él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Esta remisión al procedimiento de apremio supone que, con arreglo al artículo 656 de la LEC, el Secretario judicial responsable de la ejecución debe libra mandamiento al registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación en la que consten la titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado y los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas. El Registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación a que se refiere el apartado anterior, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera.

13) Documento judicial: prescripción. Finca adquirida con carácter ganancial, declarada privativa. La sentencia firme declara la prescripción a favor de una mujer divorciada, pero de los hechos relacionados en la misma resulta que tanto al comienzo del plazo como al final del cómputo dicha persona estaba casada, constando en el título su adquisición por disolución de la sociedad de gananciales.

Son reiteradas las resoluciones de la DGRN que parten de los límites que existen en la calificación de los documentos judiciales, que ha de circunscribirse a lo dispuesto en el art. 100 del RH sin entrar a valorar si la decisión jurisdiccional es acertada o no. En el presente caso, pese a que al registrador le conste que tanto al inicio como al final del cómputo del plazo de prescripción los cónyuges estaban casados, lo cierto es que la sociedad de gananciales ya está disuelta y teniendo en cuenta ambas circunstancias, el transcurso del plazo y la adjudicación, el juez declara la adquisición como privativa, decisión que la calificación registral no puede revisar.

14) Propiedad horizontal: anejo. Cambio de Uso. En una escritura de constitución de finca en régimen de propiedad horizontal se establece que dos de las tres entidades declaradas disfrutarán conjuntamente de un anejo inseparable (un almacén). Asimismo se acompaña una certificación del Ayuntamiento en la se atribuye al departamento número 3 el destino de local pero, sin embargo, es la escritura se describe la entidad tres como vivienda, indicando que la entidad tres actualmente no cumple las condiciones de habitabilidad, pero las cumplirá cuando se realicen las obras de reforma oportunas para habilitar una cocina, lo cual se justifica con certificado técnico.

En cuanto al primer aspecto, el anejo es una parte de un departamento privativo y por tanto, no cabe que un anejo forme parte de diversos departamentos, dada la individualidad que los mismos deben tener. En este sentido el artículo 3 de la LPH establece que en el régimen de propiedad horizontal corresponde a cada piso o local el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título,

aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 553-9 del Libro V del Código Civil de Cataluña, que en su número 1, letra b considera como parte del elemento privativo los espacios físicos o los derechos que constituyan sus anexos o vinculaciones.

La posibilidad de reservar un espacio exclusivo para una pluralidad de departamentos puede realizarse a través de la constitución de usos exclusivos, que pese a tener el carácter de elementos comunes permiten la utilización exclusiva a los departamentos beneficiados, eso sí, sin poder hacer alteraciones en los mismos, salvo con el consentimiento de la comunidad.

En cuanto al destino del departamento número 3, si la licencia le atribuye el uso de local, no basta con el certificado técnico para cambiar el mismo, sino que es necesaria la correspondiente modificación de la licencia (artículo 187,e de la LUC).

15) *Uso familiar: ejecución de hipoteca.* Nos encontramos con un uso de carácter familiar inscrito en Noviembre de 2010 a nombre de la ex esposa y sus hijos y constituido en virtud de convenio aprobado judicialmente en 2008. Ahora se presenta la ejecución de una hipoteca inscrita en 2006, de la que la ex mujer junto con su ex marido fue prestataria y a cuyo margen consta la nota de expedición de certificación de cargas fechada en junio de 2010.

El uso familiar posterior a la hipoteca no puede prevalecer frente a la ejecución de la misma. El CC de Cataluña concibe el uso como un derecho personalísimo, pero a diferencia de lo establecido en el artículo 525 del CC permite su gravamen y enajenación con el consentimiento de los propietarios. En este caso, lo que está hipotecado no es el uso sino la propiedad y, además, ya lo estaba en el momento de constitución del derecho de uso por lo que juega el principio hipotecario de prioridad y, en consecuencia, la purga de los derechos inscritos con posterioridad. El hecho de que la nota de expedición de cargas sea posterior al uso la única consecuencia que tiene es la de la obligación de notificar a los titulares de este derecho para que puedan defender sus derechos en el procedimiento ejecutivo.

Cierto es que el párrafo segundo del artículo 562-4 establece que la ejecución de una hipoteca sobre el bien comporta la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución, sin perjuicio de lo establecido en materia de uso de vivienda familiar, pero este precepto debe entenderse referido a los derechos constituidos con anterioridad a la hipoteca, con el fin de no hacer imposible el gravamen del derecho de propiedad, pues las entidades de crédito no serían proclives a hipotecar una finca si estos derechos subsistiesen, dada la desvalorización que se produciría en el procedimiento de ejecución. La salvedad que este precepto realiza respecto del uso de vivienda familiar supone que en estos casos podría no bastar el consentimiento del usuario para dicha afectación, sino que podría ser también necesario el del otro cónyuge o incluso el de la autoridad judicial según las circunstancias de cada caso y así, el artículo 233-20 del CCC establece que «los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta».

16) Censo: Cancelación de los no divididos. Se solicita la cancelación de un censo por no haberse dividido conforme a la ley de 1990 entre las diversas fincas a que afectaba. En el año 1995 se hace constar por nota al margen la vigencia del mismo.

El artículo 34 (disposiciones transitorias) de la Ley de Censos de Cataluña (Ley 6/1990, de 16 de marzo) estableció que «transcurridos tres años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, todos los censos, sean de la clase que sean, que afectando a diversas fincas no hayan sido objeto de división entre ellas quedarán extinguidos y podrán ser cancelados a petición del censatario, según las disposiciones de la legislación hipotecaria». Sin embargo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de septiembre de 1993 (entre otros) consideró que la referencia a la legislación hipotecaria era el expediente de liberación de cargas y gravámenes, dado que la escritura de división podía haberse otorgado y no llevarse al Registro (dado el carácter voluntario de la inscripción) y por tanto no admitió la cancelación automática.

La cuestión ha quedado resuelta por la disposición decimotercera, número 2, del Libro V del CCC, a cuyo tenor «no pueden practicarse asientos registrales relativos a los censos constituidos antes del 16 de abril de 1990 cuya vigencia esté acreditada, si afectan a varias fincas, hasta que se inscriba la escritura de división, otorgada en la forma y con el plazo establecidos por la disposición transitoria primera de la Ley 6/1990. Si la escritura de división no se inscribe en el plazo de un año contado desde la entrada en vigor del presente libro, los censos se extinguen y se pueden cancelar de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 (es decir, a simple petición de los propietarios de la finca gravada, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria y sin que sea preciso tramitar el expediente de liberación de cargas y gravámenes)».

Las resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 1, 2 y 3 de diciembre de 2008 señalan que estos censos no divididos se extinguen ope legis y puedan ser cancelados por una simple instancia.



RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA CIVIL E HIPOTECARIA

Pedro Ávila Navarro

II.1. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Publicidad registral: Características del interés del que consulta el Registro ***Publicidad registral: Publicidad y protección de datos***

El interés legítimo para la consulta del Registro, que se ha de acreditar ante el registrador (S. TS (3.ª) 16.06.1990 y S.TS (3.ª) 07.06.2001), ha de ser «conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el art. 221.2 LH presume dicho interés), directo (en caso contrario se ha de acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el art. 332.3 RH), y legítimo (cfr. art. 332.3 RH). Este concepto de 'interés legítimo' es más amplio que el de 'interés directo', de forma que alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la S.TS (3.ª) 24.02.2000 aclaró que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo «aparece amparada por el art. 222.7 LH, que se refiere expresamente a los 'fines lícitos' que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a Derecho».

Tratándose de «certificaciones que se refieren a asientos no vigentes, el registrador debe extremar su celo en la acreditación del interés [...] Así resulta de las reglas especiales que a tales asientos se dedican, como la relativa a la imposibilidad de acceder a esta clase de asientos a través del medio más común de publicidad registral: la nota simple informativa (cfr. art. 222.5 LH); o que para la certificación literal sólo comprenderá los asientos vigentes, sin incluir los cancelados, salvo solicitud expresa del juez o Tribunal o de los interesados (cfr. arts. 234 LH y 340 RH)».

En cuanto al obligado cumplimiento de la legislación de protección de datos personales (ver art. 222.6 LH y Instr. DGRN 17.02.1998), queda bajo la responsabilidad del registrador, que deberá tener en cuenta, de un lado, el art. 4.1 LO. 15/13.12.1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, que establece que *sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido*; de otro, que según el art. 4.2 LO. 15/1999, estos datos *no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos*; y a este respecto, la S.TC 20.11.2000 aclaró que «no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales...»; en consecuencia, esos datos «no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquél a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas

físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes (vid. art. 4 Inst. DGRN 05.02.1987 y principio tercero de la Instr. 17.02.1998). Y ello sin perjuicio del régimen especial legalmente previsto para la publicidad o cesión de datos a favor de funcionarios y Administraciones Públicas para el ejercicio de sus atribuciones (cfr. art. 21 LO. 125/1999)».

«En este sentido, la S. 07.06.2001 recuerda la necesidad de expresar la causa y finalidad de la consulta para que el registrador pueda, no sólo calificar la concurrencia de interés legítimo, sino también para que pueda velar por el cumplimiento de las normas sobre protección de datos de carácter personal. Y para ello resulta fundamental, como hemos visto, ajustar la publicidad registral a la finalidad para la que está institucionalmente prevista. Pues bien, la citada Instr. DGRN 17.02.1998 se ocupó de la delicada misión de fijar dicha finalidad, haciéndolo en los siguientes términos: 'Se consideran, pues, finalidades de la institución registral la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación...), pero no la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro, de manera que el registrador sólo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos (art. 18.4 C.E. «habeas data», vid. S.TC 254/1993)'».

En el caso concreto el interés se acredita por la documentación que se aporta al interponer el recurso, lo que no puede ser tenido en cuenta según el art. 326 LH.

R. 16.09.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de La Carolina) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-745.pdf>

II.2. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 05 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Bienes de carácter público: Los bienes patrimoniales del Ayuntamiento deben venderse por subasta

Enajenada por adjudicación directa una vivienda inventariada como bien patrimonial del Ayuntamiento, el registrador suspende la inscripción por no haberse acudido a un procedimiento de subasta pública». El art. 80 RDLeg. 781/18.04.1986, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local dispone que la enajenación de bienes patrimoniales sólo podrá realizarse por subasta o permuta; «la circunstancia de haber quedado desierta la subasta no está contemplada en las normas como excepción a esa regla general, [... y] no cabe aplicar el régimen de enajenación directa de la Ley 33/03.11.2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, pues el legislador ha excluido la posibilidad de aplicar supletoriamente los preceptos relativos a la enajenación de bienes a la Administración Local al no relacionar los arts. 136 a 145, que regulan dicha cuestión, en la disp. final 2 como legislación supletoria de la Administración Local».

R. 05.10.2011 (Ayuntamiento de Almagro contra Registro de la Propiedad Almagro) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-747.pdf>

II.3. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 06 DE OCTUBRE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Calificación registral: La nota de calificación debe expresar hechos, fundamentos de derecho y recursos procedentes

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

Anotación de prohibición de disponer: Es nueva anotación y no prórroga la que se practica después de caducada la primera

1. Calificación registral.– «En cuanto a la forma de extenderse la nota de calificación, debe reiterarse la necesidad de que ésta se exprese con hechos y fundamentos de Derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano al que debe recurrirse y plazo para interponerlo (véase art. 19 bis LH)».

2. Anotación de prohibición de disponer.– Cancelada por caducidad una anotación de prohibición de disponer, se toma otra en virtud de nuevo mandamiento; la titular de la finca pretende la cancelación de la segunda alegando que se tomó fuera del plazo de prórroga de la primera y que, por tanto, la «prórroga» era nula. Dice la Dirección que «la nota de calificación se basa en la imposibilidad de cancelar asientos que se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, lo cual debe ser confirmado (art. 1.3 LH)»; además de que «no es una anotación de prórroga de una anotación caducada, sino una anotación autónoma, con su entidad y vigencia propias».

R. 06.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Guadalajara-3) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-841.pdf>

II.4. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 08 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Reanudación del tracto: No puede inscribirse el expediente si no se ha citado a todos los titulares registrales

Se trata de un expediente de reanudación del tracto en el que no resulta que hayan sido citados los titulares de una ochentava parte de la finca. La Dirección vuelve a reiterar su doctrina sobre calificación registral de documentos judiciales, en el sentido de que, «si bien el registrador debe acatar las resoluciones judiciales, puede y debe calificar los obstáculos que para la inscripción de las mismas pueden significar los asientos del Registro, ya que, si existen titulares que no han tenido oportunidad de utilizar en su defensa los mecanismos procesales oportunos, la resolución judicial no puede afectarles, dada la relatividad de la cosa juzgada y la proscripción de la indefensión que son consecuencia del art. 24 C.E.»; y confirma el defecto señalado por el registrador, pues «al constituir tales expedientes excepción al principio de tracto sucesivo (cfr. art. 20 LH), adquiere especial importancia el estricto cumplimiento de lo preceptuado en el art. 202 LH, que regula los diversos supuestos de citación y participación del titular registral [...]; es función principal del registrador comprobar que el titular registral ha sido llamado al procedimiento con las garantías exigidas en las normas, lo cual no es sino

aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva, una de cuyas manifestaciones en el ámbito registral se concreta en el principio de tracto sucesivo». Igualmente confirma que «la inscripción debe contener las circunstancias personales que exigen los arts. 9 LH y 51 RH, por lo que tales circunstancias deben resultar de los documentos presentados a inscripción (cfr. art. 21.1 LH)»; y que «el principio de especialidad exige que se cumpla el art. 54 RH que establece que las inscripciones de partes indivisas de una finca *precisarán la porción ideal de cada condueño*».

R. 08.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela – 2) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-842.pdf>

II.5. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 20 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Anotación preventiva de embargo: La caducidad de la anotación tiene efectos absolutos y no permite la cancelación de asientos posteriores

Con la adjudicación derivada de un embargo se pretende cancelar una anotación vigente, cuando la anotación de la que deriva la ejecución ya está caducada. La Dirección reitera su doctrina de que «la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera 'ipso iure', una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 LH), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico [...] La caducidad de la anotación causada en el procedimiento en el que aquel recayó ya se había producido, aunque todavía no hubiera sido cancelada formalmente, [...] y en el momento en que la misma caduca los asientos posteriores mejoraron de rango y ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento cancelatorio de cargas derivado del presente procedimiento ejecutivo. Lo que no impide la inscripción del testimonio del auto de adjudicación, pero dejando subsistente la carga vigente, como con acierto hace el registrador».

R. 20.10.2011 (Escalón XXI, S.L., contra Registro de la Propiedad de Luarca) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-748.pdf>

II.6. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Recurso gubernativo: Puede interponerse por representación acreditada en documento privado ratificado ante el registrador

Representación: Las leyes 24/2001 y 24/2005 no se aplican a documentos anteriores

Autocontratación: La actuación no es válida si hay conflicto de intereses

Autocontratación: La actuación es válida cuando está autorizada expresamente, aunque sin requisitos especiales

1. Recurso gubernativo.– La Dirección considera bien acreditada la representación para interponer recurso gubernativo conferida en documento privado con firma ratificada ante el

registrador, ya que el art. 32 L. 30/26.11.1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite esa justificación *por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna*; y, «aunque el otorgamiento de la representación fuera posterior a la interposición del recurso, ha de considerarse una ratificación».

2. Autocontratación.– Se trata de una escritura de 1993 en la que un apoderado, en representación de su poderdante, vende a su esposa (la del apoderado) una finca; dicha esposa compra para la sociedad de gananciales:

–Como afirmó la R. 20.01.2004, «la cuestión ha de resolverse conforme a la normativa vigente en el momento de la autorización de la escritura de calificada», de manera que no pueden aplicarse las leyes 24/2001 y 24/2005, que «imponen una determinada forma de actuar al notario, por lo que no pueden aplicarse a los actos o negocios autorizados por éste con anterioridad».

–En cuanto a la existencia de autocontratación, la Dirección sigue la S. 29.11.2001, según la cual «el autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación (...) sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales» (la Dirección dice «sin que sea preciso que tal autorización reúna especiales requisitos de forma»; ver R. 15.06.2004 y R. 08.11.2004). En el caso concreto «no se acredita que el apoderado este facultado para autocontratar o realizar la venta a su favor, ni –evidentemente– a favor de su esposa, que adquiere para la sociedad conyugal».

R. 21.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Baltanás) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-749.pdf>

II.7. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Anotación preventiva de embargo: La cancelación de cargas posteriores debe acordarse en decreto y no en diligencia de ordenación

«Se constriñe el presente expediente a valorar si, no refiriéndose el decreto de adjudicación –en una ejecución judicial de finca– a la cancelación de cargas posteriores, la resolución judicial posterior que acuerda dicha cancelación y ordena que se libre el correspondiente mandamiento debe revestir también la forma de decreto, como considera el registrador en su calificación, o por el contrario, es suficiente la diligencia de ordenación, como esgrime la recurrente». Dice la Dirección que, según el art. 206.2 LEC, la resolución del secretario judicial será *diligencia de ordenación cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca*, mientras que deberá dictar decreto *cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto*; y el art. 674 LEC «sólo alude al mandamiento como acto de comunicación para la cancelación de cargas posteriores, sin explicitar la forma que ha de tomar la resolución que la acuerde»; es necesario, pues, resolver si el disponer la cancelación de cargas posteriores es un acto que debió ser motivado. Y en ese sentido, la cancelación derivada de una ejecución no tienen una operatividad automática, «porque exige previamente un acto de valoración por la

autoridad judicial y, en su caso, consignación del sobrante que pudiera resultar de la venta o adjudicación a favor de los interesados, entre los que se encuentran los titulares de cargas de inferior rango. Piénsese que, aún con carácter excepcional, pueden existir cargas que, siendo posteriores y habiéndose en su caso ejercitado la correspondiente tercería de mejor derecho, no deban ser canceladas por la ejecución de una anotación precedente (v. gr. la anotación de una anotación de demanda en la que se inste la declaración de un crédito preferente de la comunidad de propietarios a que refiere el artículo 9.1.e LPH en procedimiento en que han sido parte los titulares de cargas anteriores). Por ello, cabe concluir que la resolución que acuerde la cancelación de cargas e inscripciones posteriores no sólo trata de dar a los autos el curso que la ley establece sino que, yendo más allá, ha de contener una motivación, por lo que debe en consecuencia revestir la forma de decreto».

R. 22.10.2011 (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Ciudad Rodrigo contra Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-843.pdf>

II.8. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 25 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Anotación preventiva de embargo: La anotación de embargo cautelar en favor de la Hacienda dura 4 años

El titular de la finca solicita la cancelación por caducidad de una anotación de embargo preventivo (2008) en favor de la Agencia Tributaria, al haber transcurrido los seis meses de prórroga de la medida cautelar (ver art. 81 LGT). El registrador opone que «no existe en la Ley General Tributaria norma alguna referida al Registro de la Propiedad que establezca la caducidad de la anotación cautelar, por lo cual se debe aplicar a la misma el plazo general de caducidad de las anotaciones preventivas de embargo establecido en el art. 86 LH, que es de cuatro años». La Dirección aplica la doctrina de la R. 11.03.2010, y confirma el defecto: «La distinción entre el plazo de duración del embargo y de caducidad del asiento determina que si la conversión se acuerda después de transcurrido el plazo de seis meses desde que se acordó el embargo preventivo, no procederá la práctica de la anotación de conversión del embargo preventivo en definitivo, debiendo procederse a la cancelación de la anotación del embargo preventivo y a la práctica de una nueva anotación con la prioridad o rango que corresponda a la fecha de presentación del mandamiento y no la que correspondía a la anotación de embargo preventivo».

R. 25.10.2011 (Mac Dunlevy Española, S.L., contra Registro de la Propiedad de Paterna-2) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-750.pdf>

II.9. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE OCTUBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Costas: Las precauciones sobre fincas en zona de servidumbre de protección se aplican también a las inmatriculadas

Reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 06.10.2008, de considerar plenamente aplicable el art. 35 del Reglamento de Costas, RD. 1471/01.12.1999, que extiende a las segundas y ulteriores transmisiones las mismas exigencias de acreditación de la no invasión de zona de dominio público marítimo-terrestre previstas para las inmatriculaciones, de acuerdo con la doctrina de las S. 16.10.1996 y S. 27.05.1998, y rectificando así una anterior doctrina de la Dirección, que «sostuvo un criterio favorable a la no exigencia, con relación a fincas ya inmatriculadas, de la acreditación de no invasión de la zona marítimo-terrestre».

R. 27.10.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Estepona-2) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-751.pdf>

II.10. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 08 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Documento administrativo: La calificación registral no comprende la elección del procedimiento, pero sí los trámites esenciales

Urbanismo: La delimitación de la unidad de actuación sólo puede alterarse modificando el instrumento de planeamiento

«Se plantea en este expediente si iniciada la ejecución del planeamiento en un sector sobre la base de un sistema de actuación, pueden posteriormente modificarse las unidades de ejecución del planeamiento y parcialmente el sistema de ejecución sin los mismos trámites que para su aprobación». La Dirección aborda en primer lugar el problema de la calificación registral de documentos administrativos, reiterando la doctrina de la R. 13.07.2007 (el registrador puede calificar la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido y los trámites e incidencias esenciales de éste; para esto último se requiere un doble requisito: ostensibilidad de la omisión del trámite o del procedimiento y que ese trámite no sea cualquiera, sino esencial [...] el registrador analiza el cumplimiento de los trámites legales y no la oportunidad del procedimiento seguido» (ver también R. 19.05.2010). Pasando al caso concreto, «aparece delimitada la unidad de ejecución en el plan de sectorización, habiendo delimitado precisamente una única unidad de ejecución»; y el que «los planes e instrumentos de ordenación urbana tienen valor normativo, lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, [...] las determinaciones contenidas en un plan deben prevalecer e imponerse sobre las previsiones de aquellos instrumentos de planeamiento que sean de inferior jerarquía»; el art. 36 L. 7/17.12.2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, dispone que *cualquier innovación de los instrumentos de planeamiento deberá ser establecida por la misma clase de instrumento*. No cabe, pues, que el proyecto de redelimitación de unidades de ejecución cree dos unidades de ejecución sin seguir el mismo procedimiento que el exigido para la aprobación del plan de sectorización. (Ver en el

mismo sentido la S. 21.04.1997: cuando la delimitación del polígono o unidad de actuación estuviera contenida en los planes, su alteración sólo puede efectuarse modificando el instrumento de planeamiento; «las modificaciones de cualquiera de los elementos de los planes, proyectos, programas, normas y ordenanzas se sujetarán a las mismas disposiciones enunciadas para su formación»).

R. 08.11.2011 (Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra contra Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra – 2) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-844.pdf>

II.11. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Herencia: La declaración judicial de herederos ha de calificarse registralmente como las escrituras públicas

En auto de declaración judicial de herederos abintestato se nombran herederos de la causante a sus hermanos, con preterición de su marido, fallecido después que ella, y de los herederos de éste. Los recurrentes centran el recurso en la incompetencia del registrador para calificar la resolución judicial. Se plantea de nuevo el problema de la calificación registral de documentos registrales; y la Dirección reitera la repetida doctrina de que «el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 C.E.) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia ésta que, en el ámbito registral, determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometan una titularidad inscrita (que está bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1 LH), si no consta que el respectivo titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento, o el mismo o sus herederos haya sido parte en el procedimiento del que dimana (vid., entre otras muchas, la R. 12.02.1998)». Pero añade que en el caso de declaración de herederos abintestato, «este procedimiento pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que el juez en rigor no realiza funciones de carácter propiamente jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas conforme al art. 18 LH», porque no es propiamente actividad jurisdiccional, sino que forma parte de esas «otras funciones» que el art. 117 C.E. atribuye a jueces y Tribunales, no obedece al principio contradictorio, no produce efecto de cosa juzgada... En el caso concreto «resulta de modo inequívoco que corresponde la condición de heredero de la causante a su cónyuge y no a sus hermanos, por lo que la resolución es incongruente con el procedimiento en el que se ha dictado y la calificación del registrador debe ser confirmada. Además, tratándose de un llamamiento legal, y pudiendo el registrador conocer quienes son los herederos abintestato del causante, a la incongruencia de la resolución se añaden los obstáculos que surgen del Registro, al otorgarse la escritura de partición por quienes no son los herederos del causante, afectando a la validez del propio negocio jurídico particional (cfr. arts. 14 y 20 LH, y 80 RH). Sostener lo contrario supondría admitir el carácter constitutivo del auto dictado, al atribuir la condición de herederos a quienes no han sido llamados por la ley, prescindiendo

de los verdaderos herederos y sin que los mismos hayan podido intervenir en el procedimiento en el que la resolución se ha dictado».

R. 10.11.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Gavá) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-845.pdf>

II.12. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Obra nueva: En la declaración de obra por el autopromotor es necesario el libro del edificio (Andalucía)

Se reitera en el sentido indicado parte de la doctrina de la R. 24.03.2011: En relación con la exigencia del art. 20 RDLeg. 2/20.06.2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, y legislación concordante en Andalucía, de acreditación en la declaración de obra nueva *del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística*, la Dirección se remite a su propia Res.Circ. DGRN 26.07.2007 sobre ese requisito, en la que consideraba que esa documentación no es otra que el libro del edificio a que se refiere el art. 7 L. 38/05.11.1999, de Ordenación de la Edificación. Y entiende ahora que el depósito del libro en el Registro es necesario incluso en la obra nueva declarada por el autopromotor; porque si bien la propia Dirección ha estimado en ocasiones extensible la excepción que para el seguro decenal se estableció por la disp. adic. 2 de la L. 38/30.12.1999 en favor del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio, esa interpretación «no resulta aplicable, a partir de la entrada en vigor del D. 60/16.03.2010, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, que exige el depósito «en términos generales, incondicionales y sin excepción».

R. 15.11.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María – 1) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-846.pdf>

II.13. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Herencia: En la instancia para inscripción en favor de heredero único debe acreditarse la representación

Herencia: La instancia para inscripción en favor de heredero único debe tener la firma legitimada

Herencia: Sobre el impuesto de sucesiones, basta que el documento se haya presentado ante la Administración Tributaria

«Se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia privada de heredera única suscrita por quien dice ser su representante y sin firma legitimada». La Dirección entiende que

debe acreditarse la representación, y que no es suficiente para ello el poder general para pleitos con facultades para personarse ante órganos administrativos, porque la aceptación de la herencia necesita mandato expreso (cfr. arts. 1713, 1714, 1727 y 1732 C.c.); como ha entendido la S. 03.01.2011, «la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta. La función de calificación presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas. Estas particularidades justifican secularmente su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional...». También reitera que, como ya señalara la R. 20.07.2006, «en los casos en que un documento privado puede tener acceso al Registro es necesario que las firmas de los que los suscriben estén legitimadas notarialmente o ratificadas ante el registrador (cfr. art. 166.11 RH)».

En cambio, no confirma el defecto de falta de acreditación la liquidación del impuesto de sucesiones (arts. 254 LH y 54 RDLeg. 1/24.09.1993), porque, como ha señalado la R. 17.11.2009, «basta que el documento se haya presentado en la Administración Tributaria para entenderse cumplidos los requisitos fiscales formales (cfr. art. 100 RD. 828/29.05.1995, Reglamento del Impuesto), sin perjuicio de que el registrador, si lo entiende procedente, pueda poner en conocimiento de dicha Administración la no liquidación de un concepto que considere liquidable».

R. 16.11.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Bilbao-6) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-847.pdf>

II.14. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Herencia: Los herederos pueden ratificar sin necesidad de documento previo la venta hecha por los causantes

Herencia: Puede disponerse de bienes de la herencia sin previa liquidación de la sociedad de gananciales

Se trata de una escritura por la que los herederos formalizan la venta de una finca que realizaron sus causantes en vida. La Dirección afirma que «se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una herencia –como los de una comunidad postganancial–, sin necesidad de previa liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien como sucede en el presente caso (cfr. arts. 999 y 1410 C.c., 20 LH, y art. 209.1 RH, y las R. 30.04.1908, R. 09.01.1915, R. 10.07.1975, R. 21.01.1993, R. 10.12.1998, R. 26.02.1999, R. 11.12.1999 y R. 28.11.2000). Por otra parte, tampoco constituye obstáculo a la inscripción pretendida el hecho de que en la escritura calificada no se incorpore documento alguno relativo a la compraventa» (cfr. R. 13.01.1999, R. 26.02.1999, R. 28.11.2000 y R. 17.11.2003), puesto que se expresa el consentimiento contractual de quienes aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar el acto traslativo cuestionado; ya la R. 09.05.1988 concluyó que no constituye obstáculo a la inscripción la norma del art. 20.5.1 LH (ratificación de contratos privados realizados por el causante que *consten por escrito y firmados por éste*), habida cuenta de que las partes pueden compeler-

se recíprocamente a llenar la forma pública (cfr. arts. 1279 y 1280.1 C.c.), y no les puede obligar a «prescindir, contra la verdad, de que el acto dispositivo o modificativo tuvo fecha anterior, sino que lo que han de hacer en la escritura pública es reconocer solemnemente el acto o contrato tal como ocurrió, con todas sus circunstancias, entre ellas la de la fecha».

R. 16.11.2011 (Notario Pedro-Antonio Vidal Pérez contra Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-848.pdf>

II.15. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Viviendas de protección oficial: Sobre las notificaciones a efectos de tanteo y retracto administrativos (Andalucía)

El cap. II L. 13/11.11.2005, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece derechos de tanteo y retracto legal en favor de la Administración, a cuyo efecto ordena determinadas comunicaciones que deben dirigirse a la Administración tanto el titular que se proponga transmitir como la persona interesada en la adquisición; por otra parte, el notario que autorice la escritura pública de transmisión debe comunicarlo también con envío de copia simple; las primeras comunicaciones, que son requisito de validez, deberán acreditarse al notario, y todas ellas serán requisito para la inscripción. En el mismo sentido, el cap. IV D. 149/25.07.2006, Reglamento; pero este último concreta los derechos de adquisición preferente a la transmisión de viviendas protegidas que hayan sido calificadas al amparo de la normativa de los Planes Andaluces de Vivienda y Suelo (D. 119/1992, D. 51/1996, y D. 166/1999), mientras que la transmisión que ahora se presenta en el Registro se refiere a vivienda calificada de protección oficial con anterioridad. Por tanto, «las comunicaciones previstas a los efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto legal (las del art. 12 L. 13/2005 [las que corresponde hacer a los interesados]) no pueden impedir la inscripción en el presente caso, habida cuenta de la improcedencia de tales derechos»; en cambio, la del art. 13.2 L. 13/2005 (la que debe hacer el notario) deberá acreditarse.

R. 17.11.2011 (Notario Francisco García Serrano contra Registro de la Propiedad de Fuenigrola-1) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-849.pdf>

II.16. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Inmatriculación: La certificación catastral descriptiva y gráfica no es necesaria para la inmatriculación de cuotas en finca ya inmatriculada

Se plantea «si para la inscripción del auto recaído en un expediente de dominio de inmatriculación –primera inscripción– de una porción indivisa, es precisa la aportación de la certifica-

ción catastral descriptiva y gráfica coincidente con la descripción que se hace de la finca en el título», teniendo en cuenta que «la finca figura ya inscrita en otras porciones indivisas» y que no existe divergencia de cabida ni linderos entre la descripción que se hace en el auto y la que en el Registro figura». La Dirección, aun afirmando que «la certificación catastral es imprescindible para la inmatriculación [...] incluso cuando se trate de un auto recaído en expediente inmatriculador», considera que «es lógica y legalmente exigible en los casos de inmatriculación ordinaria, o exceso de cabida superior a la quinta parte de la superficie inscrita, o incluso a la inmatriculación de la primera parte indivisa de finca [...] pero no en el supuesto de hecho de este expediente, que más que un acceso por primera vez de una finca al Registro –inmatriculación– supone una primera inscripción en el Registro de un nuevo titular con respecto a esa finca, que ya está inscrita».

R. 23.11.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Cangas de Narcea) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-755.pdf>

II.17. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Anotación preventiva de embargo: Puede inscribirse la finca en favor del heredero único para después embargarla por deudas de éste

«Se pretende en el presente recurso la inscripción de un auto de adjudicación de bienes en procedimiento seguido contra la heredera única del titular registral, por deudas de la propia heredera, solicitándose además, si fuera preciso, la previa inscripción a favor de la misma heredera de los bienes adjudicados, como tracto abreviado». El registrador objeta que los bienes están inscritos en favor del causante. La Dirección considera necesario para la inscripción de tracto abreviado «que se acrediten las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante»; en el caso concreto «ningún obstáculo existe para la inscripción del inmueble a favor del adjudicatario, previa inscripción, por tracto abreviado, a favor de la heredera única, toda vez que del Registro resultan todas las circunstancias que acreditan su condición de heredera –certificado de defunción del causante, certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad y testamento– así como su aceptación hereditaria en la expresada escritura de protocolización parcial de herencia, debiendo entenderse que concurre en el recurrente la condición de interesado en la inscripción, conforme al art. 6.c LH». La Dirección repasa también la calificación del registrador del tracto sucesivo en los distintos supuestos, según la R. 09.07.2011.

R. 02.12.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Calviá-1) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-756.pdf>

II.18. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 03 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Anotación preventiva de demanda: Puede tomarse de una sentencia no firme en procedimiento contencioso-administrativo

Se debate sobre la solicitud de «anotación preventiva de una sentencia no firme dictada por un juzgado de lo contencioso-administrativo por la que se declara la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento en virtud del cual se aprobó la modificación de dicho proyecto de reparcelación. El registrador entiende que, conforme a los arts. 42 LH y 51 y 52 RDLeg. 2/20.06.2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, sólo son admisibles la anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo y la inscripción de la sentencia firme. Pero la Dirección resuelve que, aunque el art. 51.g RDLeg. 2/2008 sólo contempla esa anotación y esa inscripción, «no contiene una enumeración cerrada o excluyente de los actos que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, [...] y es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. R. 02.03.2006) que las resoluciones judiciales no firmes que contienen pronunciamientos llamados a desembocar en un asiento principal en el Registro pueden acceder a los libros mediante un asiento más conforme con su provisionalidad como es la anotación preventiva» (ver, por ejemplo, art. 524.4 LEC).

R. 03.12.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Daroca) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-757.pdf>

II.19. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Bienes de carácter público: La adjudicación de un bien patrimonial en concurso público debe documentarse en escritura pública

Un bien patrimonial de un Ayuntamiento adquirido por adjudicación directa en concurso público no puede inscribirse por certificación administrativa del acuerdo del Pleno y del decreto de adjudicación. La Dirección reitera que «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, de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (R. 22.02.2006 y las que en la misma se citan)». Según el art. 4.1 30/30.10.2007, de Contratos del Sector Público, *están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: [...] p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles [...] que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial*; por tanto, cuando el art. 140 L. 30/2007 se refiere a la formalización en documento administrativo de los contratos administrativos regulados en esa Ley, «no puede referirse a los contratos que, por ser de naturaleza civil, están excluidos de dicha regulación [...] En definitiva, el 'iter' administrativo previo a la definitiva adjudicación

del contrato se registrará por la legislación administrativa, mientras que la formalización y generación de efectos que haya de producir dicho contrato se registrará por la legislación civil», lo que exige escritura pública notarial (arts. 609, 1278, 1279, 1280.1 y 1462 C.c. y art. 113.1L. 33/03.11.2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; según este último, *los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos reales se formalizarán en escritura pública*).

R. 05.12.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Salamanca-5) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-850.pdf>

II.20. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Anotación preventiva de embargo: La caducidad de la anotación tiene efectos absolutos e impide la cancelación de cargas posteriores

No es posible cancelar las cargas posteriores a una anotación de embargo ejecutada cuando al presentarse el mandamiento de cancelación de cargas la anotación de embargo está cancelada por haber transcurrido su plazo de vigencia de cuatro años: «Los asientos posteriores mejoraron de rango y ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento cancelatorio [...] lo que no impide la inscripción del testimonio del auto de adjudicación, si no existen asientos contradictorios, pero con la preferencia que tenga por razón de su inscripción y no de la anotación del embargo del que dimana, por estar ya cancelada».

R. 05.12.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Calatayud) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-851.pdf>

II.21. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 05 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Propiedad horizontal: Configuración de las plazas de garaje

«Se presenta al Registro testimonio de sentencia judicial por la que se declara a favor del demandante el dominio de una plaza de garaje existente en un determinado edificio, sin que se haya abierto folio independiente para dicha plaza. [...] La registradora suspende la inscripción por no indicarse la cuota indivisa o porción física de la finca registral que corresponde a la plaza de aparcamiento». Dice la Dirección que «no es posible la inscripción de una plaza de garaje sin fijación de la cuota indivisa, tratándose de comunidad ordinaria; o sin la descripción perimetral de la plaza dentro del local del que forma parte que permita la apertura de folio independiente para la misma, además de la especificación de la cuota, si lo que se pretende es la inscripción de comunidad especial con asignación de uso [ver art. 53.b 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] [...] Además, esta especificación de la cuota, al tratarse de un acto de riguroso dominio, requiere bien el consentimiento y acuerdo de los comuneros, bien declaración expresa en la resolución judicial en la que hayan sido parte, sin que pueda admitirse la fijación unilateral [...] Pero 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 en la cosa común (art. 397 C.c.)».

R. 05.12.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Almería-3) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-852.pdf>

II.22. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 09 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Comunidad: Puede disolverse con adjudicaciones en usufructo y nuda propiedad

La Dirección declara inscribible una escritura de disolución de comunidad en la que se adjudica a una copropietaria la nuda propiedad y el usufructo de cuota, y a la otra, el usufructo de la otra cuota, con una compensación en metálico por la diferencia de valor. El registrador cuestionaba la falta de definición de la causa, objeto y naturaleza privativa o ganancial de adjudicación. Pero la Dirección entiende que hay un intercambio de prestaciones no contrarias a la ley ni a la moral y, por lo tanto, existe una causa lícita (ver R. 20.05.2005), que es el cesar en la indivisión, y del mismo Registro resulta la naturaleza privativa de la finca.

R. 09.12.2011 (Notaria Rocío Lora-Tamayo Villacieros contra Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina 2) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-759.pdf>

II.23. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Descripción de la finca: No es necesario el detalle de los distintos elementos que se encuentren en el interior

Inmatriculación: No es trascendente la omisión en la descripción de una carretera que atraviesa la finca según el Catastro

Calificación registral: El registrador no puede calificar el fundamento de la resolución judicial

Exceso de cabida: Es necesaria certificación catastral descriptiva y gráfica si excede de la vigésima parte de la cabida inscrita

El art. 53.7 L. 13/30.12.1996, prohíbe inmatricular ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título; lo mismo resulta del art. 298.3 RH «pero sin exigir expresamente la certificación catastral descriptiva y

gráfica. No obstante, la superior jerarquía normativa de la Ley 13/1996 y la propia consideración por el Reglamento de los excesos de cabida superiores a la vigésima parte de la cabida inscrita como supuestos análogos a la inmatriculación (al considerarlos sólo como rectificación de superficie cuando son inferiores a la vigésima parte de la cabida inscrita), en los que sí es exigida expresamente la certificación catastral, debe concluirse la necesidad de su aportación en aquellos supuestos –como ocurre en el caso de este expediente– en el que el exceso de cabida que se pretende exceda de la vigésima parte de la cabida inscrita». No obstante, «el hecho de que de la certificación gráfica resulte que la finca está atravesada por una carretera no es discrepancia suficiente como para concluir que no se trata de la misma finca.

La Dirección hace también algunas reflexiones sobre la calificación registral de documentos judiciales, en el sentido de que «no puede el registrador entrar a calificar el fundamento de la resolución judicial, pero sí los extremos señalados en el art. 100 RH, [...] con el único alcance de verificar que se ha seguido el procedimiento adecuado y con las garantías suficientes con relación al titular registral para permitir su acceso al Registro de la Propiedad, sin que ello signifique en absoluto entrar en la validez, corrección o justicia de la decisión judicial, materia esta que queda al margen de las competencias calificadoras de los registradores (véase R. 0511.2004)».

Y sobre la descripción de la finca, en la que no es necesario «el detalle de los distintos elementos que puedan encontrarse en su interior o definan perfectamente su perímetro».

R. 19.12.2011 (Particular contra Registro de la Propiedad de Alicante-3) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-760.pdf>

II.24. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

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

***Régimen económico matrimonial:* El notario no tiene que expresar las razones por las que llega a la conclusión de un determinado régimen económico matrimonial**

***Derecho notarial:* El notario no tiene que expresar las razones por las que llega a la conclusión de un determinado régimen económico matrimonial**

Se trata de una escritura de compraventa otorgada en Castilla-La Mancha y de una finca en esa Comunidad, en la que se dice que el comprador tiene domicilio en Valencia y está «casado en régimen legal supletorio de gananciales del Código civil». El registrador sostiene que «es necesario indicar expresamente si se trata del régimen legal de gananciales por aplicación directa de la ley –en cuyo caso entiende que debe especificarse «el dato en que se funda su aplicación (vecindad civil o nacionalidad)»– o si se trata de un régimen convencional –con reseña en este caso de las capitulaciones matrimoniales». La Dirección (con cita de las R. 15.06.2009, R. 05.03.2010, a las que hay que añadir la R. 23.08.2011) dice que «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 (que primordialmente versan sobre

datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos –cfr. arts. 9.2 y 16.3 C.c.–), 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 –el carácter legal de dicho régimen– [...] Ahora bien, una vez realizada por el Notario autorizando dicha labor de precisión del carácter legal del régimen económico matrimonial, no puede el Registrador exigir más especificaciones sobre las razones en que se funda su aplicación, pues según el art. 159 RN, *bastará la declaración del otorgante*, [...] el Notario no tiene obligación de especificar cuáles son las razones por las que el régimen económico matrimonial de carácter legal es aplicable».

R. 20.12.2011 (Notario Manuel Gallego Medina contra Registro de la Propiedad de Casas-Ibáñez) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-855.pdf>

II.25. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

Usufructo: El vitalicio dura por la vida del adquirente, aunque se haya adquirido con carácter ganancial

Usufructo: Posibilidad del usufructo de usufructo, de nuda propiedad, nuda propiedad de usufructo y nuda propiedad de nuda propiedad

Dos cuestiones se plantean en torno al usufructo ganancial inventariado en una herencia y su especial distribución:

–El alcance temporal del usufructo constituido sobre la vida de su titular, cuando éste lo transmite a un tercero; que debe resolverse en el sentido de que «la vigencia del usufructo depende de la vida del usufructuario que se contempló como definidora de su duración»; y esto, incluso en el usufructo adquirido con carácter ganancial, «sin que esta naturaleza consorcial afecte a su duración, que depende exclusivamente de la existencia de la persona sobre cuya vida se constituyó» (en el caso concreto, el marido había adquirido el usufructo a título oneroso y, a la muerte de su esposa, ese usufructo se inventaría –acertadamente, dice la Dirección– dentro del activo de la sociedad de gananciales).

–Es posible constituir un usufructo sobre otro usufructo, y también sobre la nuda propiedad, vigente otro usufructo, y viceversa (al cónyuge viudo se le adjudica su legítima viudal, que al ser usufructuaria, «se proyecta sobre las tres distintas titularidades inventariadas (nuda propiedad privativa, usufructo ganancial y pleno dominio ganancial de cuotas indivisas»). Hay que partir de la «autonomía de la voluntad en la configuración de los derechos reales, especialmente de los tipificados». 1. En cuanto al usufructo sobre usufructo, el art. 469 C.c. «admite expresamente el usufructo de derechos, de todo tipo de derechos, siempre que no sean personalísimos e intransferibles, requisitos ambos que concurren en el usufructo por ser transmisible y no ser personalísimo (cfr. art. 480 C.c.); este especial usufructo permite que su titular ostente el goce actual de todo el racimo de facultades que conforman e integran el 'utendi et fruendi' del usufructo primario». 2. El usufructo de la nuda propiedad, como explicaba la R. 12.09.2001, es «un usufructo sucesivo, admitido por el Código Civil, y cuya inscribibilidad no ofrece la menor duda en nuestra legislación hipotecaria, pues, 'lo contrario

supondría, injustificadamente, demorar la inscripción del usufructo que ahora se adjudica, hasta el momento en que se produzca la expresada consolidación (con la nuda propiedad, por extinción del primitivo usufructo)' (R. 24.11.2004)». 3. La nuda propiedad del usufructo (correlativa al usufructo del usufructo que se concede al viudo), es una titularidad expectante, toda vez que si se extingue el segundo usufructo (sobre el que recae la nuda propiedad) podrán sus titulares adquirir la plena titularidad del usufructo primario y en su caso consolidarlo con la nuda propiedad, si ésta les corresponde. 4. Incluso respecto a la nuda propiedad de la nuda propiedad, «su admisibilidad no debe admitir dudas, pues no se trata sino de la titularidad expectante a la consolidación del pleno dominio tras la extinción de los dos gravámenes usufructuarios; es decir, es una nuda titularidad cuya conversión en titularidad dominical plena se sujeta a un doble evento: la extinción de los dos usufructos que sucesivamente la gravan».

R. 21.12.2011 (Notario Jacobo Savona Romero contra Registro de la Propiedad de Lepe) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-856.pdf>

II.26. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 09 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)

Propiedad horizontal: Pueden incluirse normas estatutarias sobre elementos comunes no descritos en la declaración de obra nueva

Propiedad horizontal: El elemento común como concepto residual

Es objeto del recurso el hecho de «si se pueden incluir, en los estatutos reguladores de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, las normas de uso y disfrute de determinados elementos comunes [piscina], aunque éstos no hayan sido descritos en la declaración de obra nueva correspondiente». La Dirección señala que, «tanto la doctrina como la jurisprudencia han seguido el criterio de considerar como comunes todos aquellos elementos e instalaciones que no estén descritos en el documento público como privativos –S. 23.02.1993–; así pues, sólo puede reclamarse individualmente lo que de forma concreta figure como privativo en el título de constitución de la propiedad horizontal, –R. 05.05.1998– [...] no siempre se encuentra la descripción completa de todos los elementos comunes en la escritura de división horizontal, ni es necesario, debido al carácter común de todos los elementos que no están asignados específicamente al conjunto de los individuales. [...] Pero esto no significa que todos los elementos comunes deban ser descritos en el título de constitución de la división horizontal; ni tampoco que no se puedan regular los gastos de mantenimiento y las formas de aprovechamientos de los que no figuren descritos o de otros que en el futuro puedan completar o mejorar las instalaciones y elementos comunes; si bien para su incorporación –en su caso– a los que existen, será necesaria la autorización de la comunidad; y además, de tratarse de elementos cuya construcción precise de requisitos administrativos, será necesario para su habilitación que se cumplan aquéllos».

R. 09.01.2012 (Notario Ricardo Cabanas Trejo contra Registro de la Propiedad de Vinaròs) (BOE 30.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/30/pdfs/BOE-A-2012-1423.pdf>

II.27. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)

Herencia: Contador partidor: La partición del contador es inscribible sin aprobación de herederos y legitimarios

Herencia: Contador partidor: El contador testamentario puede actuar aunque haya menores o incapacitados

Se debate «si en una partición practicada por el contador partidor testamentario es necesaria la intervención de un defensor judicial, y en su caso la aprobación por el Juzgado, en la medida en que una de las personas interesadas en la herencia está incapacitada y su tutora está igualmente llamada a la misma sucesión y resulta adjudicataria de un lote de bienes». La Dirección contesta negativamente, toda vez que la partición llevada a cabo por el contador partidor testamentario ha de ajustarse plenamente al título sucesorio [...] y debe ser un instrumento de mero desarrollo y ejecución distributiva de lo en él establecido»; y además, «está investido para realizar la partición por sí sólo, de modo que no requiere la intervención de los herederos, ni por ello es necesario que fuesen éstos *mayores y tuviesen la libre administración de sus bienes* [como sería necesario si realizaran ellos la partición] [...] [El contador partidor testamentario] ejercita facultades, particularmente la de hacer la partición, que le corresponden por derecho propio, sin que sea dable entender que interviene en representación de los herederos, legatarios, legitimarios o cualquier otra suerte de interesados en la partición; su actuación, por ende, no está sujeta a ninguna limitación representativa [...] El cuaderno particional [...] no necesita ser confirmado ni ratificado por nadie más [...] Tal y como ocurriría con la partición que efectúa directamente el testador; [...] la regla anterior no se ve excepcionada por el hecho de que concurra como interesada o afectada por la sucesión una persona incapacitada». Sólo aparece una actuación representativa en una heredera que, «por sí y en calidad de tutora de otro coheredero, ha sido citada por el contador-partidor, al igual que los demás herederos, para efectuar el inventario de los bienes hereditarios»; pero entiende la Dirección que «no es posible apreciar un conflicto de intereses entre los de ella y los de su representado, pues éstos, lejos de ser antagónicos o contrapuestos, discurren paralelos, ya que a ambos perjudicará cualquier error en el inventario».

R. 10.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria – 6) (BOE 30.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/30/pdfs/BOE-A-2012-1424.pdf>

II.28. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 12 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)

Calificación registral: Debe entenderse pedida la inscripción de todos los actos comprendidos en el documento presentado

Calificación registral: La inscripción parcial requiere consentimiento de los interesados

En la escritura presentada se dice, respecto a un edificio inscrito, que «el Ayuntamiento de Madrid acordó la realización de la demolición del edificio en ejecución subsidiaria», y se in-

corpora copia de las resoluciones originales, y certificación catastral en la que ya se describe la finca como solar y con mayor cabida que la registrada. La registradora inscribe el título con la descripción previamente inscrita, sin el exceso de cabida ni la modificación de la finca y de la obra sobre ella, que entiende que resultan «de meras manifestaciones de las partes». En su posterior informe «señala que, a su juicio, no es admisible el recurso, ya que conforme a reiterada doctrina de esta Dirección General no cabe recurrir contra las calificaciones positivas, y que en el presente caso la calificación fue positiva y no negativa, ya que no cabe estimar suspendido el exceso de cabida y demás modificaciones descriptivas en la finca al no haber sido solicitada la inscripción de las mismas». Pero dice la Dirección que, según el art. 425 LH, *la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera...*, y, como han indicado las R. 11.02.1998 y R. 20.07.2006, «la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean éstos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas; [... aunque] el registrador no ha de actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados (cfr. R. 13.01.1995, R. 17.03.2004, R. 19.04.2004 y R. 20.07.2006), criterio que sólo cabe excepcionar en caso de documentos judiciales, dadas las características de este tipo de documentación, que aconsejan que, en la medida de lo posible, el registrador actúe de oficio cuando sea posible la inscripción parcial, a fin de dar cumplimiento a su deber constitucional de colaboración con las autoridades judiciales (cfr. R. 29.05.1987, R. 06.04.2000, R. 27.04.2000 y R. 16.01.2007). Por ello, en coherencia con lo anterior, los arts. 19 bis LH y 434 RH prevén que en caso de calificación negativa parcial del documento presentado, el registrador debe notificar el defecto por él apreciado, a la vista de lo cual el presentante o el interesado podrán solicitar la inscripción parcial del documento, sin perjuicio de su derecho a recurrir en cuanto a lo no inscrito»; de otra forma, se estaría omitiendo la calificación de una parte del documento.

R. 12.01.2012 (Locales y Oficinas en Renta, S.L., contra Registro de la Propiedad de Madrid-2) (BOE 30.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/30/pdfs/BOE-A-2012-1426.pdf>

II.29. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 13 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)

Anotación preventiva de prohibición de disponer: La extendida en favor de la Administración no puede cancelarse por silencio administrativo

«Debe decidirse en este expediente si es admisible la cancelación de una anotación de prohibición y limitación de disposición que grava una finca (practicada en virtud de lo previsto en el art. 13 RD. 801/01.07.2005, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda) [...] ante la falta de contestación expresa por parte de la Administración a la solicitud de cancelación presentada por los interesados». El recurrente alega el art. 43.1 L. 30/26.11.1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con la regla general de silencio positivo, con sus excepciones y contraexcepciones. Pero la Dirección rechaza la interpretación de «entender aplicable de forma general e incondicionada la L. 30/1992, y en concreto su regulación

sobre el silencio administrativo; [... eso] no se compadece con la naturaleza jurídica especial del procedimiento registral y con el régimen legal a que queda sujeto»; y cita la S.TS (1.ª) 03.01.2011, «de la que resultan los siguientes criterios: a) la función de la calificación registral presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las Administraciones públicas [...] no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto (cfr. art. 3.ª L. 29/13.07.1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa); por ello la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta; b) el acto de calificación del registrador no puede ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho administrativo, y su consecuente jurídico es el examen de su legalidad por parte del orden jurisdiccional civil; [...] e) lo anterior no excluye la aplicabilidad del régimen administrativo cuando haya una remisión específica de la legislación hipotecaria a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral, o cuando se trate de normas administrativas que respondan a los principios generales materiales o de procedimiento propios de todo el ordenamiento [...] Pues bien, en el ámbito de la legislación hipotecaria la regla general, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, es la de que no se admiten los consentimientos tácitos ni presuntos, y además rige el principio general de titulación auténtica, conforme al art. 3 LH, criterio y principio, ambos, incompatibles con la admisión del silencio administrativo»; el art. 82 LH conduce a exigir la cancelación *por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación*. Por otra parte, la técnica del silencio administrativo sólo puede aplicarse respecto a «facultades de la Administración que, por medio del correspondiente procedimiento, concluyen en un acto administrativo»; pero el consentimiento cancelatorio, siendo un acto de la Administración, no está sujeto al Derecho administrativo, sino al Derecho hipotecario o registral, y su revisión judicial no corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los del orden civil (vid. art. 110 L. 33/03.11.2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y 3 L. 29/1998).

R. 13.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma) (BOE 30.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/30/pdfs/BOE-A-2012-1427.pdf>

II.30. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 02 DE FEBRERO DE 2012)

Calificación registral: Desestimado el recurso por silencio administrativo no puede presentarse el título a nueva calificación

«La cuestión que se plantea en el presente recuso consiste en determinar si, debiéndose entender desestimado el recurso interpuesto en el año 2010 contra una calificación del registrador, por haber transcurrido el plazo de tres meses previsto en el art. 327.9 LH, sin que se haya impugnado ante los Tribunales la resolución desestimatoria del recurso por vía de silencio, puede ser objeto de una nueva presentación con obligación por parte del registrador de emitir

una nueva calificación sobre el fondo del asunto debatido». La Dirección se extiende largamente sobre la «naturaleza jurídica especial del procedimiento registral», y reitera la doctrina de la S. 03.01.2011 (que ya se había tratado en R. 16.11.2011), fundamentalmente que «los efectos del silencio o falta de resolución tempestiva se regulan en el art. 327 LH, sin que exista una remisión al régimen administrativo del silencio administrativo». Y así, «frente a la pretensión de aplicar a este recurso lo que en el ámbito administrativo se conoce como 'doctrina del acto consentido' (según la cual, transcurrido el plazo legal para interponer un recurso contra un acto administrativo sin haberse interpuesto el mismo, el acto deviene firme a todos los efectos)», en el procedimiento registral, una vez caducado el asiento de presentación, puede presentarse el título a nueva calificación (ver R. 27.06.1989, R. 22.02.1993, R. 07.12.1993, R. 05.05.1998, R. 20.06.1998, R. 02.07.1999, R. 15.06.2000, R. 10.11.2000, R. 18.06.2004, R. 06.06.2007, R. 09.01.2008). Pero «esta facultad de reiterar la presentación y la petición de calificación, ya de por sí excepcional, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada [...] la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la misma pretensión [...] Desde luego no cabe [la nueva presentación] durante la pendencia del recurso, pues en tal situación sigue vigente el asiento de presentación del título, sin que sea admisible la existencia de un doble procedimiento registral –en virtud de la existencia de dos asientos de presentación– respecto de un mismo título (cfr. R. 10.06.2009). Pero tampoco cabe una vez recaída resolución [...] (cfr. arts. 533.5 LEC, 1252 C.c., 109 L. 30/26.11.1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 69.d de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) (cfr. R. 15.06.2000)». Añade la Dirección que «las conclusiones anteriores son íntegramente aplicables no sólo a los casos de resolución expresa por parte de este Centro Directivo, sino también a los casos en que la resolución tenga lugar mediante la desestimación presunta por silencio prevista en el art. 327.9 LH, según se deriva con claridad de la reiterada S. 03.01.2011» («'la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo', pues la posibilidad de que esta Dirección General pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica»). Aunque todo esto «no impide que si concurren de forma sobrevenida –en el momento de la nueva presentación– cambios en la situación fáctica o jurídica del caso (por ejemplo, por cambios normativos o jurisprudenciales), pueda realizarse una nueva calificación del documento» (lo que no ocurre en el caso debatido).

R. 14.01.2012 (Carola Bética, S.L., contra Registro de la Propiedad de Sevilla-8) (BOE 02.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1610.pdf>

II.31. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 02 DE FEBRERO DE 2012)

Anotación preventiva de embargo: Embargo de gananciales con la sociedad disuelta

Reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 08.07.2006, R. 16.01.2009 y otras muchas, en un caso en que se ordenaba anotación de embargo sobre una mitad indivisa de una finca inscrita a favor de dos cónyuges que se divorciaron pero acordaron no liquidar la sociedad de gananciales; la embargante es la esposa y el embargado, el marido: Disuelta la sociedad

de gananciales pero no liquidada, «no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, o que pueda ser embargada separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en dichas operaciones».

La Dirección reitera también su estudio sobre las «tres hipótesis diferentes» en la relación entre embargo y sociedad de gananciales disuelta: 1. Embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, que requiere que las actuaciones procesales se sigan contra todos los titulares (art. 20 LH). 2. Embargo de una cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, que se anotará sobre los bienes señalados «en la parte que corresponda al derecho del deudor» (art. 166.1, in fine, RH). 3. Teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial una vez disuelta la sociedad conyugal, que puede frustrarse si el bien embargado no se adjudica al cónyuge deudor («el objeto de embargo carece de verdadera sustantividad jurídica, no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. R. 08.07.1991), y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral»). (Ver R. 20.04.2005 y R. 06.11.2009).

R. 16.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Peñaranda de Bracamonte) (BOE 02.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1611.pdf>

II.32. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 17 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)

Obra nueva: En la obra antigua la situación de fuera de ordenación puede acreditarse después de la inscripción

Se debate, en relación con una ampliación de obra nueva correspondiente a edificación antigua, si es necesaria para su inscripción la previa aportación del acto administrativo o certificado municipal en que se declare la situación de fuera de ordenación, conforme al art. 20.4 RDLeg. 2/20.06.2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en su redacción por el art. 24 RDL. 8/01.07.2011), o si basta con notificar a la Administración Local la inscripción de la declaración de obra nueva de edificación antigua, quien deberá declarar mediante acto administrativo la concreta situación urbanística en que se encuentra la edificación o construcción y hacerlo constar en el Registro de la Propiedad posteriormente a la inscripción ya practicada».

La Dirección comienza por reiterar conceptos como: 1. «La competencia de las normas estatales en materia de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción de la infracción urbanística según la normativa autonómica». 2. «Las sucesivas redacciones legales en la materia [...] serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos pe-

ródos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior» (R. 09.01.2010 y R. 24.03.2011). 3. «Tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística, pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción» (por lo que se confirma la aplicación al caso del art. 20.4 RDLeg. 2/2008).

Y, respecto a ese precepto, «parece más acertado entender que la aportación del acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido, no es un requisito previo a la inscripción, sino que puede ser cumplido, en su caso, con posterioridad». Después de la inscripción vendrá notificación por el registrador al Ayuntamiento y, a petición de éste, la constancia registral de fuera de ordenación, si fuera el caso (no todas las declaraciones de obras antiguas se corresponden con edificaciones en situación de fuera de ordenación, como parece suponer la Ley).

R. 17.01.2012 (Notario Luis-María Rojas Martínez del Mármol contra Registro de la Propiedad de Granada-3) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1922.pdf>

II.33. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)

Urbanismo: El órgano judicial que ejecuta una sentencia de intervención debe determinar los asientos que deben practicarse

Documento judicial: Posible actuación de oficio del registrador para colaborar con la Autoridad judicial

Se plantea «si, una vez inscrito un proyecto de reparcelación en el Registro de la Propiedad, y practicada posteriormente anotación de su nulidad declarada por sentencia judicial firme, puede pretenderse ahora, presentando el mismo documento que generó este último asiento, que se practique una inscripción en lugar de la anotación practicada». Del art. 107 L. 29/13.07.1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, resulta que las sentencias firmes de anulación de actos impugnados deben ser objeto de inscripción; y los arts. 51 y 53 art. RDLeg. 2/20.06.2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, disponen la inscripción para las sentencias firmes de anulación de instrumentos de ordenación urbanística, y la anotación para la mera interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación. Pero en este caso, en el auto de ejecución de la sentencia de anulación y en el decreto de la Alcaldía dictado en cumplimiento del citado auto se solicitó la «anotación», y el registrador la entendió procedente en el amplio ámbito del art. 727 LEC, que admite con carácter abierto *otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución*.

Planteada así la cuestión, la Dirección recuerda que «el registrador no ha de actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados (cfr. R. 13.01.1995, R. 17.03.2004, R. 19.04.2004 y R. 20.07.2006) –y en este caso no hay duda de que el asiento formalmente solicitado fue el de «anotación»–, sin embargo tal criterio queda modalizado en el caso de los documentos judiciales, dadas las características de este tipo de documentación, que aconsejan que, en la medida de lo posible, el registrador actúe de oficio, incluso a los efectos de su ins-

cripción parcial, a fin de dar cumplimiento a su deber constitucional de colaboración con las autoridades judiciales (cfr. R. 29.05.1987, R. 06.04.2000, R. 27.04.2000 y R. 16.06.2007). En este mismo sentido ha afirmado este Centro Directivo (cfr. R. 20.09.2005) que resulta indiferente que en la documentación judicial presentada al Registro se utilice una terminología que en términos estrictamente hipotecarios pueda ser confusa o carente de rigor y precisión siempre que quede claro cual es el contenido de trascendencia real de la correspondiente resolución judicial».

A la vista de esto, parecería que el registrador podría entender el mandato de «anotación» como de «inscripción», y practicar ésta; pero la Dirección sigue diciendo que aquella doctrina general «cede en el caso concreto de las sentencias judiciales de anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención a que se refieren los arts. 51.1 RDLeg. 2/20.06.2008 y 71 RD. 1093/04.07.1997, en los que «se atribuye la determinación de los concretos asientos que han de ser practicados al órgano judicial llamado a resolver el correspondiente incidente de ejecución de la sentencia de anulación; por ello, en este ámbito cuando de la propia sentencia no resulta la precisión de los asientos que ha de extender el registrador, es necesario complementar la sentencia en trámite de ejecución».

R. 18.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Barakaldo-2) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1923.pdf>

II.34. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)

Anotación preventiva de embargo: No puede cancelarse la que no se ha practicado

El recurrente, titular registral, pretende que se cancele una anotación preventiva de embargo dirigido no contra él, sino contra persona del mismo nombre y apellidos pero con DNI distinto. La Dirección desestima el recurso porque, aparte de que el recurso «sólo procede contra notas de calificación –suspensivas o denegatorias– realizadas por el registrador, no contra asientos ya practicados», en este caso la anotación no llegó a practicarse, precisamente al advertirse la diferencia en los DNI.

R. 19.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Sevilla-2) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1925.pdf>

II.35. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 20 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)

Recurso gubernativo: Posibilidad de acumulación de recursos del mismo recurrente con igualdad de supuestos

Obra nueva: No puede cancelarse a instancia del Ayuntamiento

1. Recurso gubernativo.– «Se plantean por parte del mismo recurrente sendos recursos contra notas de calificación del registrador de la propiedad de Álora. Es doctrina de este Centro

Directivo que al tratarse del mismo recurrente y existir práctica igualdad de los supuestos de hecho y contenido de las notas de calificación, pueden ser objeto de acumulación y objeto de una sola resolución (ver R. 05.05.2005)».

2. Obra nueva.– «Se debate en este expediente la solicitud de cancelación de un asiento de inscripción de modificación por ampliación de obra nueva [...], solicitud que lleva a cabo el alcalde de una localidad a raíz de que se le haya notificado por el registrador de la propiedad la práctica de dicho asiento de conformidad con lo previsto en el art. 54 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». La Dirección reitera para este supuesto la doctrina de que el asiento ya practicado «se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los Tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH) [...] No es posible, en el estrecho y concreto ámbito de este expediente, revisar como se pretende la legalidad en la práctica de dicho asiento [...] No cabe alteración del contenido del Registro sino con consentimiento del titular registral o por medio de resolución judicial firme o por los trámites previstos para la rectificación de errores en su caso».

R. 20.01.2012 (Ayuntamiento de Álora contra Registro de la Propiedad de Álora) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1927.pdf>

II.36. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Obra nueva: No puede inscribirse sin licencia de primera ocupación, aunque se trate de autopromotor individual (Castilla-La Mancha)

«Se debate en este recurso si cabe inscribir la declaración de obra nueva terminada por parte de autopromotor individual de única vivienda unifamiliar para uso propio, en virtud de escritura de 2011, sin acompañar o testimoniar en la escritura pública la licencia de primera ocupación». La Dirección comienza por afirmar una vez más «la competencia de las normas estatales en materia de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica»; y, respecto al «alcance temporal de las normas para determinar el régimen aplicable a los requisitos para obtener la inscripción de las declaraciones de obras antiguas, (o ampliaciones de obras antiguas)», reitera también que las normas «serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior; ahora bien, tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción». Y en este caso, «el art. 169.1.a DLeg. 1/18.05.2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, expresamente somete a licencia la primera utilización y ocupación de

los edificios e instalaciones en general, y la modificación del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones».

R. 21.01.2012 (Notario Pedro Gil Bonmatí contra Registro de la Propiedad de Sigüenza) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2483.pdf>

II.37. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Inmatriculación: La doble titulación exigida para inmatricular ha de ser documentación pública

«El único problema que plantea el presente recurso radica en dilucidar si, en la doble titulación exigida para la inmatriculación por título público, el documento fehaciente que acredite la adquisición por el transmitente puede o no ser un documento privado con fecha fehaciente por haberse liquidado del impuesto de transmisiones o sucesiones». Históricamente se entendió así, pero «la S. 31.01.2001 entendió que la fehaciencia requerida debía ser no sólo de la fecha, sino también del contenido del documento, es decir, que debía tratarse de un documento público»; la R. 08.09.2009 ya entendió que «el art. 205 LH no sólo exige que la fecha del documento se repute auténtica, conforme a lo dispuesto por el art. 1227 C.c., sino que dicho documento acredite de modo fehaciente haber adquirido el derecho [...] y el documento privado no prueba fehacientemente por sí mismo la adquisición del derecho sobre la finca, pues, aun concurriendo cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 1227 C.c., sólo acredita frente a terceros su fecha pero no la veracidad de su contenido».

R. 23.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Cogolludo) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2484.pdf>

II.38. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Hipoteca: Hipoteca por cuenta corriente de crédito: Puede hacerse constar el saldo en el Registro aunque haya cargas posteriores

Se debate en este expediente si, constanding inscrita en una hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente, es posible hacer constar en el Registro la fijación del saldo por acuerdo entre acreedor y deudor, existiendo cargas posteriores. La Dirección explica que se trata de una hipoteca de máximo en la que la Ley provee a una serie de medios para fijar el saldo, con objeto de que el acreedor no tenga que acudir siempre a un procedimiento declarativo cuando no cuente con el consentimiento del deudor a la cantidad exigible; pero «si acreedor y deudor han convenido en el importe de la cantidad exigible, no hay cuestión, no hay necesidad de acudir a un procedimiento especial [...] Si por disponer del título formal adecuado se hace constar esta circunstancia al margen de la inscripción de hipoteca, el Registro publicará que la hipoteca de

máximo garantiza no ya una obligación indeterminada sino una obligación determinada y líquida, coincidiendo desde ese momento el título inscrito con el título ejecutivo (vid. R. 31.01.1925 y R. 17.05.2001 entre otras muchas) [...] Es indudable el carácter de inscribible del acta en cuanto instrumento público y siempre que contenga acto o negocio susceptible de producir una alteración del contenido del registro ([...] no se trae a este expediente la consideración de si el acta notarial es el título notarial adecuado para hacer constar la declaración de voluntad del deudor; vid. no obstante la R. 19.10.2011)». La segunda cuestión planteada se refiere a si es posible esa constancia registral si tras la hipoteca constan anotados derechos de terceros. La Dirección contesta afirmativamente, siguiendo la doctrina de las R. 02.10.1981 y R. 08.02.2001: «Es preciso distinguir entre la obligación garantizada, que vincula exclusivamente a las partes y sus causahabientes, y la hipoteca que la garantiza, que, por exigencias del principio de especialidad, agota sus efectos frente a terceros en la cantidad máxima que consta en el libro correspondiente del Registro. La determinación del saldo exigible, como resulta de la propia regulación legal (vid. art. 153 LH), no afecta al contenido de la hipoteca ni en consecuencia al máximo oponible a los terceros en caso de ejecución [...] la determinación del saldo es cuestión ajena a sus intereses [de los terceros] como demuestra la regulación legal que, en caso de determinación sin consentimiento del deudor, sólo legitima a éste para ser notificado y para oponerse en su caso (vid. art. 153 LH y art. 695 LEC)».

R. 23.01.2012 (Liberbank, S.L., contra Registro de la Propiedad de Olivenza) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2485.pdf>

II.39. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Propiedad horizontal: Es inscribible el régimen aunque el edificio esté inscrito como en construcción

Es inscribible el régimen de propiedad horizontal de un edificio que está inscrito como en construcción, sin necesidad de que se acredite la vigencia de la licencia de obras: «No existe ninguna norma que exija la inscripción de la terminación de obra para inscribir la propiedad horizontal»; así lo ha entendido la Dirección para la venta de una finca en construcción, que «puede otorgarse e inscribirse si bien haciendo constar en la escritura y en la nota de despacho las advertencias de falta de acreditación de la terminación, falta de seguro decenal y sus consecuencias».

R. 24.01.2012 (Notario Carlos-Luis Herrero Ordóñez contra Registro de la Propiedad de Lleida-1) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2486.pdf>

II.40. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

División y segregación: La licencia por silencio administrativo no puede adquirirse en contra de la ordenación territorial o urbanística

No puede inscribirse una escritura de segregación y compraventa de 1996 sin licencia, que el recurrente solicitó en 2010 y entiende otorgada por silencio administrativo; pero, como declararon las S.TS (3.ª) 28.01.2009 y la R. 27.10.2010, «no pueden entenderse concedidas por silencio administrativo licencias que contradigan la ordenación territorial urbanística».

R. 24.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Portugalete) (BOE 20.02.2012).

La resolución no tiene más que un interés transitorio después del art. 23 RDL. 8/01.07.2011, que consagra en esta materia el silencio negativo.

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2487.pdf>

II.41. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

División y segregación: La que da lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima necesita licencia aunque se otorgara antes de la Ley de 1995

Se trata de una segregación sobre una finca rústica inferior a la unidad mínima de cultivo, realizada en 1984, anterior a la legislación que recoge el régimen sobre unidades mínimas de cultivo, L. 19/04.07.1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. Es claro que en la actualidad no pueden realizarse ni autorizarse actos de división o segregación de fincas en contra de la legislación agraria, y que los notarios y registradores habrán de pedir la licencia municipal o el certificado administrativo de su innecesariedad. Pero a continuación se pregunta la Dirección sobre la irretroactividad de las leyes: cita la doctrina de las S.TC 10.04.1986 y S.TC 29.11.1988, que «dulcifica o limita el alcance del principio de irretroactividad, señalando esta última sentencia que 'no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado', o de la S.TC 16.07.1987, según la cual, «la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas»; y, a raíz de esa doctrina y de las R. 19.11.2004 y R. 03.06.2011, expresa la teoría de que, aunque sea aplicable el principio de irretroactividad, éste «imperará respecto de la legislación y la jurisprudencia, pero no respecto de la doctrina que las interpreta». En realidad no parece tratarse de un problema de retroactividad, sino que, como explica la misma Dirección, «la normativa autonómica y la estatal exigen indubitadamente, para el acto que nos ocupa, –eminentemente de carácter registral– la existencia de una autorización que exceptúe la indivisibilidad de la finca en cuestión [...] al tratarse de un acto estrictamente registral, la calificación del registrador no solo debe basarse en apreciar que por el notario se han exigido los controles administrativos vigentes en ese momento [de la autorización], sino también que los otros aplicables en el

momento de la presentación en el Registro concurren para la protección del tercero y la publicidad correspondiente»; y, si bien las R. 24.03.2011 y R. 14.04.2011 aplicaron la irretroactividad de algunos requisitos para la declaración de obra nueva es porque «se trataba de un caso fáctico –realización y existencia de una obra– y no puramente registral como el que nos ocupa –segregación–».

R. 27.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Cuenca) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2488.pdf>

II.42. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Usufructo: Es necesaria autorización judicial para la venta por el tutor

Vendida una finca por unas hermanas, una de ellas además como tutora de su madre, sin especificarse el derecho de cada una, la registradora objeta que no se acredita la autorización judicial de la venta por la tutora. Frente a la alegación de las recurrentes de que la madre tiene «a lo sumo el usufructo de un tercio...», dice la Dirección que, «cualquiera que sea el derecho y proporción que ostenta la tutelada sobre el bien inmueble objeto de la compraventa (que la recurrente identifica como un usufructo) es indudable que es un derecho real. Al respecto la previsión del art. 271.2 en relación al 334.10 C.c. no deja lugar a dudas al sujetar a autorización judicial la enajenación que de un derecho real del tutelado pretenda llevar a cabo el tutor».

R. 27.01.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Cogolludo) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2489.pdf>

II.43. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

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

«El único problema que plantea el presente recurso radica en dilucidar si por la vía del recurso puede rectificarse el Registro –en el caso de que procediera tal rectificación– anotándose como ampliación de embargo lo que se anotó como un embargo distinto». La Dirección reitera una vez más la doctrina de que, «practicado el asiento, queda bajo la salvaguardia de los tribunales [... y] la procedencia o improcedencia de determinada particularidad de una inscripción no es posible dilucidarla en un recurso gubernativo, aunque cabría solicitar la rectificación del Registro y, ante la negativa, recurrir la misma».

R. 28.01.2012 (Power Drinks, S.L., contra Registro de la Propiedad de Barcelona-3) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2491.pdf>

II.44. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 01 DE FEBRERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Cancelación: Puede cancelarse una inscripción de dominio sin cancelar las cargas que lo gravan

Principio de tracto sucesivo: Puede cancelarse una inscripción de dominio sin cancelar las cargas que lo gravan

Puede inscribirse la ejecutoria ordenando la cancelación de las inscripciones de dominio declaradas nulas por la sentencia, aunque con posterioridad a las mismas aparecen derechos inscritos y anotados, cuyos titulares registrales no han sido citados, ni han sido parte, en el procedimiento judicial en el que se declara la nulidad. La Dirección sigue la doctrina de la R. 29.05.2009, y dice que «las hipotecas y las anotaciones de embargo subsistirán sin alterar sobre el mismo objeto, mientras no se declare su nulidad en procedimiento dirigido contra los acreedores, [... protegidos éstos] por la fe pública registral, principio proclamado en el art. 34LH y que se extiende –según el Tribunal Supremo– no sólo al subadquirente sino al propio primer adquirente, frente a las causas de nulidad del título del transferente no proclamadas por el Registro (véase S. 05.03.2007)».

R. 01.02.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Fuente Obejuna) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2493.pdf>

II.45. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE FEBRERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Recurso gubernativo: Extemporaneidad del recurso por el notario después de un mes de la notificación por fax

Se considera extemporáneo el recurso interpuesto por el notario después del plazo de un mes de haber recibido la calificación registral por telefax: La Dirección General «había puesto de relieve reiteradamente que el telefax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa, por entender que, en vía de principio, el mismo no comporta suficientes garantías y porque el propio art. 322 LH establece que *será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente*» (ver, por ejemplo, R. 28.02.2008). Pero en resoluciones más recientes (por ejemplo, R. 16.10.2010), «en razón del principio de agilización y de economía procedimental» y a la obligación de colaboración entre notarios y registradores, entendió que éstos «no podrán ignorar ni dar por no recibidos los documentos que por tal vía se les remitan –salvo en los excepcionales supuestos en que se pruebe la imposibilidad técnica o material de acceso al contenido de tales documentos (vid. art. 28.3 L. 11/22.06.2007)»; se seguía así la doctrina de la S. 20.09.2011, que, con relación a aquella exigencia de que el interesado lo hubiere manifestado así «sólo incumbe y favorece al interesado por la calificación pues la literalidad del mismo es obvio que solo puede articularse respecto al presentante titular de la relación jurídico real, y este presentante no es el Notario autorizante que nada presenta, posiblemente porque este interesado puede o no disponer de tales medios para la recepción de la

notificación a diferencia del notario que, junto al Registrador, dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información (art. 107 L. 24/27.12.2001)».

R. 02.02.2012 (Notario Armando Mazaira Pereira contra Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca – 5) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2494.pdf>

II.46. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE FEBRERO DE 2012; (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Herencia: Sustitución vulgar: No es necesario acreditar la inexistencia de sustitutos vulgares distintos de los que comparecen

En una herencia, uno de los herederos ha premuerto y entran en su lugar por derecho de sustitución vulgar, sus descendientes; se acredita su fallecimiento y el nacimiento de sus hijos mediante los oportunos certificados. La registradora pide el acta de notoriedad a que se refiere el art. 82 RH o declaración de herederos del heredero premuerto. Dice la Dirección que «no hace falta ninguna declaración de herederos de tal heredera premuerta, pues entran directamente, por obra de la sustitución, a ser llamados a la herencia los sustitutos vulgares, que en este caso son sus descendientes, y, señalados los mismos, no procede averiguación ulterior sobre otros posibles sustitutos»; cita las R. 04.05.1999 (no es necesario acreditar la inexistencia de legitimarios no citados en el testamento), R. 08.05.2001 (no es necesario acreditar la inexistencia de descendientes posteriores a los designados en el testamento) y R. 31.01.2008 (en el supuesto de premorencia de un heredero legitimario, no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima); y añade que, «acreditado en el título sucesorio que los que invocan la condición de sustitutos hereditarios son descendientes de la sustituida y, como tales, llamados a la herencia de la causante, no es necesario acreditar el hecho –negativo– de la inexistencia de otros sustitutos». Cosa distinta es el caso de la R. 21.05.2003 (y de la R. 23.02.2007), que invoca la registradora, y según la cual no se puede «prescindir en la partición de las [personas] que sí han sido llamadas, pues la exclusión de éstas en la partición de la herencia exige justificar por qué no se les atribuyen los derechos a los que han sido llamados».

R. 02.02.2012 (Notaria Pilar López-Contreras Conde contra Registro de la Propiedad de Madrid-52) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2495.pdf>

II.47. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE FEBRERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Hipoteca: Hipoteca cambiaria: La cancelación en procedimiento judicial requiere inutilización de las letras

«Se debate en este recurso la cancelación de dos hipotecas cambiarias mediante resolución judicial firme dictada en procedimiento dirigido contra los primeros tenedores de las letras. La

sentencia declara la nulidad de las inscripciones y la de las propias letras, por suplantación de la persona del librado-hipotecante». La Dirección explica que «en las hipotecas por letras de cambio, el crédito garantizado es el derivado de la letra, no el causal, y la hipoteca se resiente de las vicisitudes de la cambial, de manera que ningún cesionario de ésta puede fundarse en el contenido registral para hacer prevalecer su derecho, que debe apoyarse exclusivamente en la literalidad de la letra misma»; pero esto no impide la aplicación de la regla general del art. 82 LH, que exige para la cancelación consentimiento del titular o sentencia en procedimiento contra él (ver R. 16.04.2009): «Siguiéndose el procedimiento solamente contra el primer acreedor, no puede cancelarse la hipoteca sin acreditarse la inutilización de los títulos cambiarios, pues tal cancelación podría producir indefensión a los posteriores tenedores de los mismos, si los hubiere»; por ello el art. 211 RH dispone para la cancelación de la hipoteca cambiaria en procedimiento judicial que se hará constar la recogida e inutilización de los títulos por testimonio del secretario (cfr. R. 25.03.1999).

R. 02.02.2012 (Particular contra Registro de la Propiedad de Marbella-2) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2497.pdf>



RESOLUCIONES DE LA DGRN EN MATERIA MERCANTIL

Pedro Ávila Navarro

III.1. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2011 (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Sociedad profesional: No es necesario precisar la numeración de las participaciones de socios profesionales

Se presenta en el Registro Mercantil «una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada profesional en cuyos estatutos sociales no se numeran las participaciones sociales correspondientes a los socios profesionales y las participaciones correspondientes a los socios no profesionales». La Dirección no considera necesaria la numeración de las participaciones que pertenecen a la clase profesional y las que pertenecen a la clase general, porque, aunque «la L. 2/15.03.2007, de Sociedades Profesionales, exige que el control de la sociedad corresponda a los socios profesionales, imponiendo que como mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades que no sean de capital, deban pertenecer a socios profesionales (cfr. art. 4.2 L. 2/2007)», el régimen jurídico propio del socio profesional «deriva de la condición de socio profesional, más que de la configuración que se haga de las participaciones sociales»; y cuando el art. 23 LSC dispone que los estatutos de la sociedad limitada expresarán respecto a las participaciones, *si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos*, se refiere lógicamente a las modalizaciones estatutarias a los derechos de las participaciones». Sin embargo, desestima el recurso porque «la cláusula estatutaria cuya inscripción se pretende adolece de falta de la necesaria precisión».

R. 27.09.2011 (Notario Joaquín Mateo Estévez contra Registro Mercantil de Málaga) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-746.pdf>

III.2. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 04 DE NOVIEMBRE DE 2011. (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Sociedad anónima: Aportaciones: La aportación dineraria a un aumento de capital no puede justificarse por informe de auditoría

La realidad de las aportaciones dinerarias a la sociedad debe comprobarla el notario, ya por la certificación bancaria justificativa del depósito, ya por recepción de las sumas para realizar él el depósito. Pero ese requisito «no puede entenderse cumplimentado por la comprobación contable que ha llevado a cabo el auditor nombrado por el Registro Mercantil».

R. 04.11.2011 (Notario José-Manuel Benítez Bernabé contra Registro Mercantil de Soria) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-752.pdf>

III.3. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2011. (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

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

Reitera literalmente la doctrina de la R. 15.11.2011 (publicada antes, en BOE 20.12.2011).

R. 14.11.2011 (Notario Francisco-Javier Company Rodríguez-Monte contra Registro Mercantil de Palma de Mallorca) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-753.pdf>

III.4. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 09 FEBRERO DE 2012)

Sociedad anónima: Cuentas: No pueden depositarse sin informe del auditor pedido por la minoría

«No puede tenerse 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 (art. 366.1.5 RRM)», aun cuando la resolución del registrador por la que se nombra el auditor no fuera firme en vía administrativa (había sido recurrida), «puesto que la solicitud de auditoría ya se había producido».

R. 15.11.2011 (Promociones Fedo, S.A., contra Registro Mercantil de Lleida) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1918.pdf>

III.5. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

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

En la constitución de una sociedad limitada acogida al art. 5.2 RDL. 13/03.12.2010 (capital no superior a 3.100 euros y estatutos modelo conforme a la O.JUS/3185/2010, el registrador

considera que debe justificarse la presentación del documento en la Administración Tributaria competente, sobre todo a la vista de oficio recibido de la Directora General de Tributos de la Generalitat Valenciana, el día 6 de junio de 2011. La Dirección recuerda que la citada norma establece la exoneración del gravamen por la modalidad de operaciones societarias de todas las operaciones dirigidas a la creación, capitalización y mantenimiento de las empresas... (ver art. 3 RDL. 13/2010); y es cierto que el art. 86 RRM impide la inscripción en el Registro Mercantil *si no se ha justificado previamente que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretenda inscribir o al documento en virtud del cual se pretenda la inscripción*, y el art. 54 RDLeg. 1/24.09.1993, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, exige para su admisibilidad en oficinas o registros públicos, la presentación en oficina liquidadora competente; pero añade que «el art. 123 RD. 828/29.05.1995, Reglamento del Impuesto, deja a salvo lo previsto en la legislación hipotecaria, remisión que debe entenderse realizada también a la normativa específica sobre la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil y en el ámbito de dicha normativa deben también tenerse en cuenta las mencionadas disposiciones del RDL. 13/2010 [...]»; debe concluirse que para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Así lo ha entendido la Instr. DGRN 18.05.2011, la cual además dispone que, en estos casos, una vez practicada la inscripción, el registrador mercantil, de forma inmediata, remitirá de oficio por vía telemática a la administración tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, la notificación de que se ha practicado la inscripción [...] Las anteriores conclusiones no quedan desvirtuadas por la comunicación de la Dirección General de Tributos de la Generalitat Valenciana [...] porque] es competencia exclusiva del Estado (cfr. art. 149.1.8 C.E.) la ordenación del Registro Mercantil (véase S. TC 24.04.1997)».

R. 18.11.2011 (Notario Rafael-María Ballarín Gutiérrez contra Registro Mercantil de Alicante) (BOE 17.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/17/pdfs/BOE-A-2012-754.pdf>

III.6. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2011)

Sociedad limitada: Cuentas: El cierre por falta de depósito de cuentas impide depositar las de ejercicios siguientes

«No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas del ejercicio anterior (art. 366.1.5 RRM)», depósito que el registrador no tuvo por efectuado por un defecto que no fue subsanado.

R. 21.11.2011 (Automatización de Maquinaria Industrial y Aparatos de Control, S.L., contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1919.pdf>

III.7. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2011, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)

Sociedad limitada: Cuentas: La sociedad obligada a auditoría debe presentar informe de gestión

«La obligación de la sociedad de presentar el informe de gestión surge desde que nace para la sociedad la obligación de auditar sus cuentas, bien por haber alcanzado durante dos años consecutivos dos de los límites señalados en el art. 257 LSC, bien por haber solicitado la auditoría de cuentas del último ejercicio vencido los socios minoritarios, al amparo del derecho que les reconoce el art. 265.2 LSC. Así resulta del art. 279 LSC».

R. 21.11.2011 (Generoso Angeriz, S.L, contra Registro Mercantil de A Coruña) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1920.pdf>

III.8. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 02 DE FEBRERO DE 2012)

Sociedad limitada: Cuentas: Es necesaria la huella digital en la certificación para presentación en soporte magnético

«El presente recurso plantea la cuestión de la legalidad del requisito técnico requerido por la O.JUS 206/28.01.2009, relativo a la identificación, a través de la huella digital, de quienes emiten la certificación acreditativa de la aprobación de las cuentas anuales por la junta general de la sociedad. Entiende la sociedad que, al no estar comprendido entre los requisitos relacionados en el art. 366 RRM, sino en el anexo II de la Orden ministerial, no puede ser de obligado cumplimiento, pues esta última norma no tiene rango normativo suficiente para imponer a los obligados cargas no contempladas reglamentariamente». La Dirección explica que «el art. 366.2 RRM establece la posibilidad de que, previa autorización de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los documentos contables puedan depositarse en soporte magnético. Sobre la base de esta habilitación, sucesivas normas dictadas por el Ministerio de Justicia y por esta Dirección General de los Registros y del Notariado establecieron los medios técnicos adecuados [...], entre ellos, la incorporación de la huella digital a la certificación del acuerdo del órgano social competente con el fin de poder asociar dicha certificación con las cuentas presentadas, en cumplimiento de la previsión del art. 366, 1.º, 2.º y 3.º, RRM, relativos, tanto a la identificación del órgano social competente para certificar el acuerdo de la junta general de aprobar las cuentas anuales, como a la identificación de las mismas cuentas que se presentan para su depósito [...] No ha de confundirse la finalidad del legislador que, en este caso, es la transparencia de la contabilidad del empresario, con los requisitos exigidos para alcanzar dicha finalidad, que son los relacionados en el Reglamento del Registro Mercantil, ni mucho menos con el modo o manera de proceder cuando la obligación impuesta legal y reglamentariamente haya de realizarse por medios técnicos, como ocurre en este caso con la O.JUS 206/28.01.2009, pues al establecer la fórmula de la huella digital, no hace más que colaborar con el Reglamento del Registro Mercantil haciendo factible el cumplimiento de los requisitos que establece». En consecuencia, confirma la nota registral.

R. 02.12.2011 (Díaz Teresa, S.L. unipersonal, contra Registro Mercantil de Ávila) (BOE 02.02.2012).

R. 02.12.2011 (Díaz Teresa, S.L. unipersonal, contra Registro Mercantil de Ávila) (BOE 02.02.2012).

R. 02.12.2011 (Explotación Cabezas, S.L., contra Registro Mercantil de Ávila) (BOE 02.02.2012).

R. 02.12.2011 (Explotación Cabezas, S.L., contra Registro Mercantil de Ávila) (BOE 02.02.2012).

R. 02.12.2011 (Hostal Marji, S.L., contra Registro Mercantil de Ávila) (BOE 02.02.2012).

R. 02.12.2011 (Tiétar Suministros Eléctricos, S.L., contra Registro Mercantil de Ávila) (BOE 02.02.2012).

R. 02.12.2011 (Tiétar Suministros Eléctricos, S.L., contra Registro Mercantil de Ávila) (BOE 02.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1603.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1604.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1605.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1606.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1607.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1608.pdf>

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/02/pdfs/BOE-A-2012-1609.pdf>

III.9. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)

Sociedad limitada: Cuentas: Es necesaria la huella digital en la certificación para presentación en soporte magnético

Reitera en el sentido indicado la doctrina de otras resoluciones de la misma fecha.

R. 02.12.2011 (Hostal Marji, S.L., contra Registro Mercantil de Ávila) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1921.pdf>

III.10. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 07 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 17 DE ENERO DE 2012)

Sociedad limitada: Aumento de capital: La publicación de la oferta de asunción preferente es exigible incluso cuando el acuerdo se toma en junta universal

Sociedad limitada: Aumento de capital: Los administradores fijarán el plazo de asunción preferente no fijado por la junta

Sociedad limitada: Aumento de capital: La manifestación de íntegro desembolso no es exigible si el desembolso resulta de la escritura

Sociedad limitada: Modificación de estatutos: La información previa a los socios no puede exigirse en la junta universal

Sociedad limitada: Modificación de estatutos: La modificación de los derechos de voto requiere consentimiento de todos los socios

–En el aumento de capital de la sociedad limitada, el art. 305 LSC impone a los administradores la publicación de la oferta de asunción preferente de las nuevas participaciones por anuncio en el «BORME» o por comunicación escrita a los socios, que tienen para ello el plazo que establezca la junta, y como mínimo un mes. Esto también es exigible cuando la junta ha sido universal, puesto que en ésta se dispensa de los requisitos de convocatoria, pero «no se cuestiona, sin embargo, la aplicabilidad de otros requisitos de publicidad y comunicación que se imponen legalmente para acuerdos concretos o en función de otros aspectos y que nada tienen que ver con la circunstancia de que la junta adoptante de dichos acuerdos sea o no universal».

–Según el art. 305.1 LSC, en la sociedad limitada es competencia de la junta general la fijación de ese plazo; pero si la junta no lo ha fijado, «pudiera entenderse que su fijación, –en virtud de las facultades concedidas por la propia junta [...]– pasa a ser competencia del órgano de administración [...] por tanto, los socios asistentes a la junta, si bien tienen exacto conocimiento del acuerdo de aumento, no tienen conocimiento del 'dies a quo'», [...] y, como señaló la R. 05.07.2001, la observancia de las garantías legalmente establecidas para posibilitar el ejercicio del derecho de suscripción preferente condiciona la validez de la ejecución del acuerdo y, por tanto, ha de estar sujeta a calificación registral».

–El art. 198.4.1 RRM exige la manifestación de que el aumento ha sido íntegramente desembolsado en los términos previstos», pero «su ausencia no puede determinar por sí misma la suspensión de la inscripción de un acuerdo social cuando la finalidad a la que responde haya sido satisfecha y así resulte del propio acuerdo o de la ejecución del mismo [...] Lo esencial por tanto para la inscribibilidad o no del acuerdo es que del mismo resulte el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos exigidos por el legislador para la validez del mismo y no la manifestación de que dichos requisitos se han cumplido».

–La exigencia del art. 195.1 RRM, de que en la escritura de modificación de estatutos conste que *el texto íntegro de la modificación propuesta ha estado desde la convocatoria a disposición de los socios en el domicilio social*, no puede aplicarse cuando la junta es universal. Como dice la S. 18.10.2005, el que acepta la celebración de la junta universal «es porque nada tiene que objetar respecto del cumplimiento por parte de los administradores de cualquier requisito previo a la misma»

–La extensión de derecho de voto reforzado del que ya gozaba un socio a favor de sus herederos legales y posteriores herederos requiere el consentimiento de los demás socios por afectar a sus derechos individuales (art. 292 LSC): «Debe rechazarse toda creación de participaciones de voto plural o la extensión de los efectos inicialmente previstos que no cuente con el asentimiento de todos los socios, pues todos ellos van a verse afectados en uno de los derechos mínimos que la ley les concede, disminuyendo de forma más o menos acusada su posibilidad de influir en la adopción de acuerdos por la junta general» (cita la R. 21.05.1999).

R. 07.12.2011 (Notario Íñigo Fernández de Córdoba Claros contra Registro Mercantil de Cádiz) (BOE 17.01.2012).

III.11. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE DICIEMBRE DE 2011, (BOE DE 19 DE ENERO DE 2012)

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

Reiteran literalmente en el sentido indicado la doctrina de la R. 18.11.2011.

R. 19.12.2011 (Notario Rafael-María Ballarín Gutiérrez contra Registro Mercantil de Alicante) (BOE 19.01.2012).

R. 19.12.2011 (Notario Rafael-María Ballarín Gutiérrez contra Registro Mercantil de Alicante) (BOE 19.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/19/pdfs/BOE-A-2012-854.pdf>

III.12. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 30 DE ENERO DE 2012)

Registro de Bienes Muebles: No puede embargarse un vehículo con titularidad contradictoria en la Dirección General de Tráfico

No es posible una anotación preventiva de embargo en el Registro de Bienes Muebles «cuando el vehículo embargado aparece en la base de datos de la Dirección General de Tráfico asociado a un DNI/NIF distinto del NIF de la persona contra la que se decreta el embargo como propietaria del mismo»; pues, aunque, en virtud del principio de legitimación registral, «la presunción de existencia y titularidad del derecho sólo deriva de los asientos del Registro de Bienes Muebles», el núm. 14 Instr. DGRN 03.12.2002 dispone que «los registradores seguirán utilizando como instrumento auxiliar en su calificación el sistema de interconexión informática entre el Registro de Vehículos y el Registro de Bienes Muebles, objeto del Convenio DGRN-DGT 20.05.2000, suscrito en virtud de lo dispuesto en el art. 6.3 O.JUS 19.07.1999 [...] de manera que podrán fundar la suspensión de la inscripción o anotación preventiva en la existencia de titularidades contradictorias obrantes en el Registro de Vehículos». Todo ello sin perjuicio de que se pueda «practicar anotación preventiva de suspensión a solicitud del presentante o interesado, para que durante su vigencia puedan éstos instar la rectificación de la base de datos de Tráfico».

R. 11.01.2012 (Particular contra Registro Mercantil Pontevedra) (BOE 30.01.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/30/pdfs/BOE-A-2012-1425.pdf>

III.13. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)

Sociedad anónima: Administración: En el nombramiento de consejero extranjero debe constar el NIE

Para la inscripción de un consejero de nacionalidad extranjera es necesaria la constancia de su NIE: el art. 38.1.6 RRM exige la constancia del número de identificación fiscal, *cuando se*

trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria, por lo que «sólo cuando lo exija la normativa tributaria será obligatorio que conste»; y el consejero, «por el simple hecho de serlo, no es contribuyente –lo será la sociedad–, ni tampoco sustituto del contribuyente, ni está obligado a realizar pagos fraccionados, ni a efectuar retenciones, ni a practicar ingresos a cuenta, ni a repercutir, ni a soportar repercusiones, ni a soportar retenciones o ingresos en cuenta, ni es como tal sucesor del obligado tributario, ni beneficiario de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias», pero es responsable subsidiario del tributo en determinados casos, responsabilidad que es solidaria para todos los miembros del órgano de administración en los términos del art. 237 LSC.

R. 18.01.2012 (Notaria Cristina Marqués Mosquera contra Registro Mercantil de Málaga) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1924.pdf>

III.14. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 19 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 09 DE FEBRERO DE 2012)

Sociedad limitada: Aumento de capital: En el aumento por compensación de créditos debe constar la fecha de constitución del crédito

En un aumento de capital por compensación de créditos se especifica que el «crédito deriva de los varios préstamos societarios realizados en los años 2008, 2009 y 2010, totalmente líquidos y exigibles y que, a efectos prácticos, se refunden contablemente en uno solo, con la fecha de este informe». La Dirección entiende que «no puede considerarse cumplido el requisito de constancia de la fecha de constitución del crédito» (art. 199 RRM), ni tampoco puede entenderse novado en la fecha del informe, porque «las palabras 'a efectos prácticos' y 'contablemente' que preceden a aquéllas impiden que se pueda tener por cumplido el imperativo de declaración terminante de sustitución de obligación que para la novación real de obligaciones impone el art. 1204 C.c.».

R. 19.01.2012 (Notario Gerardo Von Wichmann Rovira contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 09.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/09/pdfs/BOE-A-2012-1926.pdf>

III.15. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Sociedad limitada: Participaciones: La valoración a efectos del derecho de preferente adquisición no puede quedar al arbitrio de la sociedad

En la modificación de estatutos de una sociedad limitada se prevé una valoración de las participaciones sociales a efectos del derecho de preferente adquisición de los socios, que realizará por la junta general cada dos años, tomando entre otras referencias la valoración de un asesor externo elegido por la junta general. La Registradora considera que el sistema vulnera el derecho del socio a obtener el valor razonable de las participaciones sociales. Dice la Dirección

que «pueden admitirse sistemas objetivos de valoración de las participaciones sociales (R. 02.11.2010), y su inscripción en el Registro Mercantil tiene claro apoyo en la norma del art. 175.2.b RRM, [...] pero] han de rechazarse todos aquellos sistemas de tasación que no respondan de modo patente e inequívoco a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad, y garanticen debidamente la adecuación de sus resultados al verdadero valor del bien justipreciado; [...] no cabe atribuir a una de las partes (sociedad o socio) la determinación de su cuantía, como ocurre cuando se atribuye a una persona designada por la sociedad, sea empleado o auxiliar externo o interno, pues con ello se estaría dejando el cumplimiento del «contrato al arbitrio de una de las partes, contraviniendo con ello lo preceptuado por el art. 1256 C.c.». (Sobre esta materia ver también R. 19.08.2011).

R. 28.01.2012 (Notario Vicente-José Castillo Tamarit contra Registro Mercantil de Málaga) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2490.pdf>

III.16. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 30 DE ENERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

Sociedad limitada: Administración: Forma de notificación del nombramiento de un órgano con facultad certificante

Derecho notarial: Notificación por correo certificado y notificación personal por el notario

En una sociedad limitada se cesa al administrador único y se nombra a otro que certifica su propio nombramiento; para cumplir lo dispuesto en el art. 111 RRM, se notificó notarialmente por carta certificada con acuse de recibo al anterior administrador a su domicilio según Registro, aunque el interesado no acudió a recoger la notificación. Según el art. 111 RRM *la notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha en cualquiera de las formas expresadas en el artículo 202 del Reglamento Notarial*. Y ese artículo señala dos vías para la notificación, el envío por el notario por correo certificado con acuse de recibo o la notificación personal por el notario. «El problema se plantea cuando habiéndose acudido a la primera de las formas de notificación, no se haya podido efectuar, por no haber sido recogida la carta por el interesado en la oficina de Correos. En estos casos, deberá acudir al segundo de los procedimientos previstos [...] El hecho de enviarse una carta certificada con acuse de recibo por un notario acredita bajo la fe notarial el hecho del envío por dicho procedimiento, pero no cambia los efectos de la notificación, que serán los establecidos con carácter general para las cartas certificadas con acuse de recibo por el art. 32 RD. 1829/03.12.1999, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, que *el envío se considerará entregado cuando se efectúe en la forma determinada en el presente Reglamento*, sin que del mismo Reglamento resulte que la devolución de un correo certificado con acuse de recibo produzca los efectos de una notificación»; la Dirección entiende que algunas sentencias que han concedido efectos de notificación a la devolución con la mención «ausente», «caducado», o «devuelto», se refieren al procedimiento administrativo ordinario o común de notificaciones, no al previsto en el Reglamento Notarial: «En el ámbito del art. 202 RN, existe otra forma más sencilla de agotar el esfuerzo en la localización del interesado, cual es acudir a la forma de notificación presencial prevista en el mismo, que sí produce los efectos de una notificación».

R. 30.01.2012 (Notario Ricardo Cabanas Trejo contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 20.02.2012).

Importante y práctica esta resolución, no sólo para el caso del art. 111 RRM, sino para otras notificaciones que se desarrollen por el procedimiento del art. 202 RN, como pueden ser las procedentes en materia de arrendamientos; importante en su vertiente negativa (la notificación por correo no entregada no produce efectos de notificación), como en la positiva (la notificación personal por el notario, aunque resulte fallida, sí los produce).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2492.pdf>

III.17. RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 02 DE FEBRERO DE 2012, (BOE DE 20 DE FEBRERO DE 2012)

***Sociedad limitada:* Constitución por procedimiento de urgencia: Objeto definido por criterio de actividad sin referencia al sector económico**

***Sociedad profesional:* Referencia a actividades profesionales entendida como no incluidas las que son objeto de la Ley especial**

En la constitución de una sociedad limitada por el procedimiento del art. 5.2 RDL. 13/03.12.2010, y con relación a la inclusión en el objeto de la actividad «prestación de servicios», se reitera la doctrina de la R. 23.03.2011 sobre las actividades comprendidas en la O.JUS 3185/09.12.2010, por la que se aprueban los estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada: «Se ha optado con finalidad simplificadora por admitir el puro criterio de la actividad, sin necesidad de referencia a productos o a un sector económico más específico. Por ello cuando los estatutos cuya inscripción se solicita se limiten a incluir alguna de las actividades relacionadas en los aprobados por la citada Orden Ministerial, sin mayores especificaciones de productos o servicios más concretos, no puede negarse su acceso al Registro toda vez que, precisamente a efectos de la citada normativa, se ha considerado que esas actividades especificadas en la disposición estatutaria cuestionada por la calificación impugnada acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad pretende desarrollar su objeto. Esta doctrina ha sido reiterada por la R. 05.09.2011». Reitera también la doctrina de la R. 05.04.2011, en el sentido de 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 [...] la referencia a 'actividades profesionales' admitida en el artículo 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 L. 2/15.03.2007, de Sociedades Profesionales». (Ver también R. 29.06.2011 y R. 15.11.2011).

R. 02.02.2012 (Notario Pedro-José Maldonado Ortega contra Registro Mercantil de Cáceres) (BOE 20.02.2012).

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/20/pdfs/BOE-A-2012-2496.pdf>

IV

ACTUALIDAD PARLAMENTARIA

María Isabel de la Iglesia Monje

Tras el inicio de la X legislatura constan a fecha de hoy (20 de febrero) presentados en el Congreso un Proyecto de Ley y varias Propositiones de Ley de diferentes grupos parlamentarios que se encuentran en plazo a esperas del criterio del Gobierno sobre las mismas.

X Legislatura (2011-Actualidad)

IV.1. PROYECTO DE LEY

- **Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.**

Presentado el 03/01/2012, calificado el 11/01/2012

Autor: Gobierno

Situación Actual: Comisión Constitucional

Plazos: Hasta: 17/02/2012 De enmiendas

La vigente Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, siguiendo la línea marcada previamente por la Ley Orgánica 3/1987, ha venido garantizando desde su entrada en vigor, una subvención anual no condicionada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado a aquellos partidos políticos con representación en el Congreso y con el objeto de atender sus gastos de funcionamiento. Igualmente, la actual Ley prevé la posible inclusión en los Presupuestos Generales del Estado, de una asignación anual para sufragar los gastos de seguridad en los que incurran los partidos políticos para mantener su actividad política e institucional.

La disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos, estableció la subvención anual para gastos de funcionamiento y la asignación anual para gastos de seguridad en 78.100.000,00 euros y 4.010.000,00 euros, respectivamente. Dichas cantidades se han ido adecuando anualmente al incremento del índice de precios al consumo de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos. Los importes citados supusieron un incremento aproximado del 20% respecto de las cantidades que habían sido consignadas en los Presupuestos Generales del Estado para 2007.

En el actual contexto de crisis económica, se considera necesario realizar una adecuación de las subvenciones previstas en el artículo 3 de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos, ajustando las mismas a la actual coyuntura. Con esta medida, los partidos políticos, como principales instrumentos de representación política, participan en el esfuerzo colectivo necesario para superar la crisis.

Partiendo del hecho cierto del incremento del 20% producido en el ejercicio 2008, se considera adecuado proceder a una reducción en la cuantía similar.

IV.2. PROPOSICIONES DE LEY de Grupos Parlamentarios del Congreso

- **Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español.**

Presentado el 07/02/2012, calificado el 14/02/2012

Autor: Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Situación Actual: Gobierno

La garantía de estado otorgada a obras de interés cultural es un mecanismo de gran importancia a la hora de organizar exhibiciones artísticas. El Estado representa a todos los ciudadanos y en este sentido dicho mecanismo debería facilitar la organización de estos eventos más allá de la limitada lista de instituciones, todas ellas en Madrid, mencionada en el punto primero de la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, colaborando así en el objetivo de una presencia territorialmente amplia de las grandes exposiciones más allá de la capital. Hay otras instituciones museísticas importantes que son capaces de organizar eventos de altura considerable.

Evidentemente, la garantía de estado debe ser válida para magnos eventos, de ahí el límite cuantitativo mínimo establecido por la enmienda para acceder a dicho mecanismo.

- **Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para facilitar la participación política de las Fuerzas de Seguridad de carácter civil, fuera del ejercicio de sus funciones.**

Presentado el 07/02/2012, calificado el 14/02/2012

Autor: Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural

Situación Actual: Gobierno

Plazos: Hasta: 24/03/2012 Criterio del Gobierno sobre proposición de ley.

La coherencia entre leyes es una condición sustancial de la seguridad jurídica. Estamos ante un principio elemental del Estado de Derecho, que exige una atención sistemática en la elaboración de las normas. Aun así, se dan casos en los que se aprecian contradicciones entre textos legales, por diferentes motivos, desde el error de redacción a la adopción de normas sobrevenidas.

El tema es que debemos de reaccionar cuando detectamos uno de estos conflictos, como es el caso.

Se han conocido varios sucesos de procesamientos de funcionarios públicos que trabajan en cuerpos policiales, de carácter civil, bajo la acusación de apoyar a algún partido político durante campañas electorales. Una infracción recogida en la Ley Orgánica 5/1985, de 5 de mayo, de Régimen Electoral General, en su artículo 52. Son asuntos graves, pues a la sanción penal, de cárcel, que conllevaría en su caso, se añade la aplicación del expediente disciplinario, por falta administrativa muy grave, de posibles repercusiones muy significativas (suspensión de empleo y sueldo por años). Estamos ante el cuestionamiento de la participación política de ciudadanos o incluso frente a la limitación de su libertad ideológica.

En estos supuestos, la tipicidad establecida en la Ley Orgánica 5/1985 era acorde con la normativa existente sobre la policía entonces, la ley preconstitucional 55 de 1978, que prohibía taxativamente la afiliación a partidos políticos. Ahora bien, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cambió radicalmente el panorama con respecto a los cuerpos policiales de naturaleza civil, a cuyos integrantes no se limitó su adscripción política. La participación de los ciudadanos y de las ciudadanas que trabajan en estos cuerpos policiales quedaba abierta a las actividades en los partidos políticos sin ningún problema. Aunque esta Ley Orgánica 2/1986 no estableció explícitamente la modificación del mencionado artículo 52 de la Ley Orgánica 5/1985, sin aclarar sus evidentes contradicciones.

Tengamos en cuenta que la Ley Orgánica 2/1986 tiene una referencia directa con la Resolución 690 del Consejo de Europa, de 1979, Declaración sobre la Policía, tal y como se encuentra reflejada en la exposición de motivos de la ley. La recomendación internacional no es derecho positivo en sí, pero sin duda es principio inspirador de la norma y por tanto un vínculo de primer orden.

Pues bien, esta Resolución establece la similitud de la Policía al resto de la Función Pública, en su apartado 6: «Estimando que los funcionarios de Policía deben disfrutar de un estatuto de derechos comparables a los que posean los funcionarios del Estado». En el mismo sentido de equiparación entre Policía y Función Pública se pronuncia la doctrina en práctica unánimemente.

Un elemento más de contradicción en este asunto es la diferencia entre los concernidos por el susodicho artículo 52 de la Ley Orgánica 5/1985. Los miembros en activo de las Fuerzas Armadas o jueces, magistrados y fiscales tienen estipulada la prohibición de toda participación en partidos políticos en sus diferentes estatutos.

Cabría el cuestionamiento de tal prohibición en democracias avanzadas, como ya es la española, pudiendo argumentar hechos históricos (como la elección de personas con funciones similares en la Grecia clásica), y también experiencias comparadas (como las elecciones de jueces o fiscales). En fin, esa sería otra propuesta, así que baste aquí resaltar las evidentes diferencias con el ordenamiento para la Policía, estipulado en la Ley Orgánica 2/1986.

Por tanto, tenemos que la legislación vigente permite la afiliación a partidos políticos de quienes trabajan en la Policía, pero la Ley Orgánica 5/1985 dice que no pueden participar en campaña electoral. Una contradicción que pretendemos corregir, porque siempre estamos hablando de la implicación privada de esas personas. Es decir, fuera del ejercicio de sus funciones.

Así se salvaguarda la consideración de imparcialidad funcional reflejada en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 2/1986. Podríamos también discutir si esa formalidad es real o más simbólica, contando con casos comparados e en los que se permite la vinculación pública. Además, nuestro sistema de democracia representativa hace especialmente importante el período electoral, por lo que no se entiende que quien sea afiliado, trabaje en la policía o donde fuera, no pueda participar en el momento cumbre del proceso. Siempre, se repite en este caso, de forma privada y fuera de sus funciones de servicio público.

Podríamos aplicar aquí el famoso lema de «quien puede lo más, puede lo menos», en referencia a mantener la limitación de participación. Pero cuando hablamos de derechos fundamentales, las restricciones deben contar con amparo constitucional. Así tenemos que la limitación del derecho de huelga para los y las policías (y tampoco vamos a cuestionar este aspecto ahora) tiene un soporte en el artículo 28 de la Constitución; o la capacidad de elegibilidad en el artículo 70.1. Todo ello redundaría en que no se encuentra soporte constitucional para limitar la participación electoral, por lo que nos proponemos abordar la reforma legal para corregir esta situación, al margen de las opiniones que pretenden mediatizar esta argumentación con la apreciación del «servicio activo» permanente que obliga a los policías, pero que, como es

sabido y reconocido jurisprudencialmente, en ningún caso puede significar estar «permanentemente de servicio».

Un nuevo elemento significativo ha venido a reforzar el derecho a participar en campaña electoral de forma privada para quienes trabajan en la Policía. La aprobación de la Recomendación Rec (2001) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre Código europeo de ética de la Policía; adoptada el 19 de septiembre de 2001. El punto 5 de las Bases jurídicas establece que: «El personal de la policía debe estar sujeto a la misma legislación que los ciudadanos ordinarios; solamente se pueden justificar excepciones por razones inherentes al ejercicio de la actividad de la policía en una sociedad democrática». De nuevo observamos la diferencia entre el «ejercicio de funciones» y la privacidad, mencionando que esta Recomendación es para realidades de desarrollo social y político muy diverso, tanto como el reflejado en los 43 países que componen el Consejo de Europa. En una democracia asentada y avanzada como la que tenemos en España es posible ser más ambiciosos en la interpretación y aplicación de derechos ciudadanos, incluidos quienes trabajan en la Policía.

- **Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la despenalización de las injurias a la Corona.**

Presentado el 19/01/2012, calificado el 31/01/2012

Autor: Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural

Situación Actual: Gobierno

Plazos: Hasta: 09/03/2012 Criterio del Gobierno sobre proposición de ley

Tramitación seguida por la iniciativa: Boletín Oficial de las Cortes Generales Publicación desde 31/01/2012 hasta 03/02/2012

El Código Penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) sanciona en sus artículos 490.3 y 491 las injurias proferidas contra el Rey y otras personas vinculadas a la Corona; comportamientos que, por su ubicación sistemática (Capítulo II del Título XXI del Libro II del Código Penal, con la rúbrica «Delitos contra la Corona»), sólo pueden ser entendidos como hechos lesivos del prestigio y reconocimiento debido a la institución. No son, por tanto, normas protectoras del honor individual de las personas que la encarnan, que está suficientemente protegido, como para los restantes ciudadanos, en los delitos comunes contra el honor (artículos 205 y siguientes del Código Penal).

Sin embargo, la necesidad de protección penal del «honor» o el prestigio de las instituciones resulta más que discutible. El propio Código Penal optó, en el momento de su redacción originaria, por eliminar el viejo delito de desacato, consistente en injuriar a autoridades y funcionarios. Correctamente se entendió en aquel momento que conceptos como el prestigio de la Administración o el principio de autoridad, no sólo están periclitados como objeto de protección penal, sino que pueden colisionar con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en la manifestación de opiniones contrarias.

La saludable supresión del desacato no alcanzó entonces a las injurias a la Corona, cuyos tipos penales plantean los mismos problemas. En efecto, la protección penal del prestigio de la Corona debe ser revisada a la luz de, al menos, dos principios constitucionales: la prohibición de exceso o principio de proporcionalidad en sentido amplio y el carácter de derecho fundamental especialmente protegido que posee la libertad de expresión.

La presente Ley no interviene en la cuestión de hasta qué punto es conveniente la protección política del prestigio o, simplemente, el reconocimiento social de las instituciones. Lo que se rechaza es que dicha protección deba ser de carácter penal. La protección penal del prestigio

de la Corona resulta desproporcionada en tanto en cuanto las sanciones penales y, especialmente, la privación de libertad no son ni necesarias ni adecuadas a tal fin.

La prohibición constitucional de exceso punitivo puede entenderse basada en la proclamación de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 de la Constitución), que impide restringirla más allá de lo estrictamente imprescindible. Asimismo, el Tribunal Constitucional en su histórica sentencia 62/1982, de 15 de octubre, reconoció valor constitucional al principio de proporcionalidad, derivándolo del artículo 10 de la CE.

La protección penal es en este caso desproporcionada –por innecesaria e inadecuada–, porque lo propio del sistema democrático es buscar el reconocimiento social de sus instituciones por vías distintas de la represión.

Históricamente se demuestra que cuanto menor es la solidez y el prestigio democrático de las instituciones, mayor es el recurso a su protección penal y a la inversa. En efecto, los sistemas autoritarios con instituciones apoyadas en la represión de la disidencia y sin sólido apoyo social, necesitan otorgarles la máxima protección legal declarando delictivos los comportamientos que las cuestionan. En sentido opuesto, por tanto, lo propio del sistema democrático es la renuncia a dicha protección cualificada.

Por estas razones, la incriminación de las injurias a la Corona supone también una agresión a la libertad de expresión. Si con los tipos penales de injurias a la Corona se pretende proteger el prestigio de la institución o su reconocimiento por parte de los ciudadanos, es indudable que dichas normas son aptas para incriminar manifestaciones que la pongan en duda y que deben resultar amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión, porque es consustancial a este derecho la posibilidad de cuestionar las instituciones. Y cuando una institución sometida al sistema democrático necesita afianzarse acudiendo a la represión penal de la crítica que se le dirige, sencillamente, deja de ser reconocida como institución propia de un sistema democrático. Este es el principal efecto de una intervención penal como la que aquí se rechaza y se trata de un efecto mucho más lesivo para el interés teóricamente protegido por estas normas, que los comportamientos que pretenden reprimir.

Cabe tener en cuenta que la libertad de expresión es el derecho fundamental de toda persona a expresar ideas libremente, y por tanto sin censura. De hecho, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que «todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

En concordancia con lo anteriormente expuesto, el pasado 15 de marzo de 2001, se publicó la Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la que se condena al Estado Español a indemnizar al Sr. Arnaldo Otegi, por violación al derecho a la libertad de expresión, después de ser condenado a un año de prisión por el Tribunal Supremo por injurias al Rey.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los fundamentos jurídicos de la sentencia, cita la Declaración sobre la libertad de discurso político en los medios de comunicación aprobada por el Comité de Ministros de 12 de febrero de 2004, en la que se constata que en algunos ordenamientos jurídicos todavía se conceden privilegios legales a figuras políticas o funcionarios del gobierno en contra de la difusión de información y opiniones sobre ellos en los medios de comunicación, y que ello no es compatible con el derecho a la libertad de expresión y de información garantizada por el artículo 10 de la Convención de Derechos Humanos.

En la misma Resolución el Consejo de Ministros afirma que tanto el estado, el gobierno o cualquier otro miembro del poder ejecutivo, legislativo o judicial debe poder ser objeto de críticas en los medios de comunicación.

Además se afirma que debido a su posición dominante, estas instituciones no deben ser protegidas como tales por la ley penal en contra de las declaraciones difamatorias o insultantes. De gozar de protección, la misma debe aplicarse de forma muy estricta, evitando que pueda ser utilizada para restringir la libertad de crítica.

Posteriormente mediante la Resolución núm. 1577 (2007) del Parlamento Europeo «Hacia una despenalización de la difamación», se insta a los Estados miembros en cuya legislación todavía se establece penas de prisión por la definición a miembros de los poderes públicos a suprimir cualquier tipo de protección mayor a las figuras públicas, de conformidad con la sentencia de la Corte internacional. En este sentido, se insta a los Estados a que, sin más demora, supriman las penas de prisión previstas por difamación, y eviten que se aplique de forma arbitraria la ley.

La presente Ley continúa la línea iniciada en 1995 con la despenalización parcial del desacato, extendiéndola a las injurias contra la Corona, cuya sanción penal no sólo resulta desproporcionada, sino que afecta a los fundamentos básicos del sistema democrático.

- **Proposición de ley de Grupos Parlamentarios del Congreso. Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda.**

Presentado el 24/01/2012, calificado el 31/01/2012

Autor: Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural

Situación Actual: Gobierno

Plazos: Hasta: 09/03/2012 Criterio del Gobierno sobre proposición de ley

En el periodo de creación de la burbuja inmobiliaria en España (1996-2006), las condiciones en que las entidades financieras otorgaban créditos hipotecarios contribuyeron a la espiral inflacionista en los precios de la vivienda. Así, la concesión de hipotecas por más del 80 e incluso del 100% del valor de mercado de las viviendas, adquiridas por personas que asumían un compromiso de pago de más del 50% de sus ingresos, junto con el incremento del plazo de duración de los créditos hipotecarios, fue una práctica beneficiosa únicamente desde el punto de vista de las entidades que otorgaban aquellos créditos y con esto contribuían a que España lograra los mayores índices de sobreendeudamiento privado del mundo, lo cual explica buena parte de la crudeza de la crisis actual. La reducción de los tipos de interés de la primera mitad de los años 90 y la apelación al consumo inmoderado de los últimos años fomentaron este sobreendeudamiento, ante la pasividad del Banco de España y del Ministerio de Economía y Hacienda. Hoy, las personas y las familias que se sobreendeudaron son las que mejor pueden comprender los perversos efectos de esta opción: se les vendió una vivienda a un precio elevado, se les concedió un crédito hipotecario que comprometería la mayor parte de su renta y se les ofreció tranquilidad con el argumento que la vivienda siempre sube de precio, con lo cual podrían pagar su crédito y además harían un magnífico negocio.

Habiendo estallado la burbuja inmobiliaria en el año 2007, es ya evidente que quienes hicieron un magnífico negocio no han sido los ciudadanos sobreendeudados sino los propietarios de suelo, los promotores de vivienda y las entidades financieras con mayor presencia en nuestro mercado hipotecario –con frecuente confusión de intereses entre ellos–. Y todo esto fue posible por la injustificable complicidad de la autoridad supervisora del sistema financiero y de las entidades de crédito y la pasividad e inhibición de la Administración estatal competente.

Las prácticas denunciadas no se contendrán a través de la autorregulación de los sectores implicados y debe ser la legislación el marco del campo de juego razonable en que se deben

llevar a cabo las operaciones crediticias que afectan a la obtención de un bien básico como es la vivienda. Con este propósito, esta ley, en su Título Primero, construye un sistema de límites temporales y cuantitativos en el otorgamiento de los créditos hipotecarios para la adquisición de una vivienda. Estos límites, homologables a los existentes en otros estados de la Unión Europea, supondrán una contención y un freno a un futuro sobreendeudamiento hipotecario y a la vez contribuirán a una mejor relación entre la capacidad mediana de compra de la ciudadanía y los precios de la vivienda. Por otra parte, se fija una limitación a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios, atendida la constatación del exceso que se ha venido produciendo, y que está generando situaciones que la sociedad aprecia como claramente injustas.

La prevención de eventuales y futuras situaciones de sobreendeudamiento privado relacionado con la compra de vivienda no sería suficiente sino se acompaña de medidas dirigidas a proteger en mayor medida la situación de los ciudadanos que ya se encuentran en riesgo de perder sus viviendas como consecuencia de las dificultades en el pago de las hipotecas concedidas en la etapa de expansión sin límites al sobreendeudamiento que hoy propugnamos.

En efecto, los terribles efectos que la crisis está suponiendo para las clases trabajadoras incluyen el sufrimiento producido por el hecho que, ante un proceso de ejecución hipotecaria, al deudor no le baste con renunciar a su vivienda para poner fin a la persecución de la entidad financiera, sino que deba asumir la deuda más allá del valor del bien hipotecado. En consecuencia, la Ley introduce varios mecanismos reguladores de los procesos de ejecución de los créditos con garantía hipotecaria, protegiendo los intereses de una ciudadanía que se encuentra en posición de vulnerabilidad ante la grave crisis económica.

Así, en el Título Segundo se establecen cuáles son los ingresos inembargables que no pueden quedar afectados por la ejecución hipotecaria y en el Título Tercero se introducen criterios de mantenimiento del deudor en el domicilio cuando se trate de su residencia habitual. Destaca en este punto la regulación del procedimiento de liquidación ordenada de deudas, aplicable a las personas físicas en situación de insolvencia sobrevenida o riesgo inminente de insolvencia. El procedimiento puede ser extrajudicial o judicial, y entre las alternativas a adoptar en el mismo se incluye la dación en pago, que permite que con la entrega de la vivienda quede satisfecha la totalidad de la deuda, sin perjuicio de otras modalidades que permitan mantener en la vivienda a la persona o familia afectada. Se incluye una específica mención a las ejecuciones hipotecarias de las viviendas de protección pública, la posibilidad de ejercitar derechos de tanteo y retracto en caso de transmisiones de las viviendas habituales afectadas por la nueva regulación, así como la obligatoriedad de imputar a la deuda los importes que eventualmente pueda obtener un acreedor hipotecario si transmite una vivienda antes de cinco años desde su adjudicación.

La Ley incorpora, en sus disposiciones adicionales, una serie de previsiones dirigidas a enfrentar la mejora normativa y ejecutiva de determinados aspectos que merecen una mayor adecuación a la realidad. Así, los poderes públicos están obligados a mitigar los efectos de la realidad generada de los procesos de ejecución hipotecaria de las personas que ya han sufrido estos procesos y siguen manteniendo de por vida una deuda inasumible. Se modifica el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que las adjudicaciones de los bienes al acreedor hipotecario no puedan hacerse por debajo del valor de tasación fijado por él mismo, instando un cambio futuro del sistema que garantice la independencia e imparcialidad de las sociedades de tasación. También se hace referencia a la problemática fiscal detectada cuando se producen daciones en pago, para que el deudor no deba hacer frente a impuestos injustos en el IRPF, de transmisiones o de incremento sobre el valor de los terrenos. Finalmente, se alerta sobre la conveniencia que las Comunidades autónomas creen servicios específicos de mediación para acompañar a la ciudadanía en la negociación de sus créditos.

En la disposición transitoria se concreta que la nueva Ley debe poder ser aplicada a todos los procedimientos de ejecución hipotecaria si todavía no se ha producido la adjudicación del bien inmueble hipotecado, si es vivienda habitual.

La Ley se elabora en aplicación de la competencia del Estado para incidir en el ámbito económico y procesal que afecta al efectivo ejercicio del derecho a la vivienda digna que la Constitución consagra en su artículo 47. De esta manera, la Ley se ampara en las competencias previstas en los artículos 149.1.1.^a, 149.1.6.^a, 149.1.11.^a, 149.1.13.^a de la CE, sin perjuicio de la conveniencia que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda, puedan crear servicios específicos de apoyo a los ciudadanos para la prevención y resolución de las situaciones de sobreendeudamiento que puedan sufrir.

- **Proposición de ley de Grupos Parlamentarios del Congreso. Proposición de Ley Orgánica sobre disponibilidad de la propia vida.**

Presentado el 19/01/2012, calificado el 31/01/2012

Autor: Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural

Situación Actual: Gobierno

Plazos: Hasta: 09/03/2012 Criterio del Gobierno sobre proposición de ley

El artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978 expresa las características fundamentales del Estado democrático de Derecho, afirmando que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Los derechos fundamentales de la persona proclamados en la Constitución son, pues, inherentes a su dignidad y la dotan de contenido material. No pueden, por tanto, ser entendidos de forma contradictoria con lo dispuesto en el mencionado precepto, que ha de ser considerado como «tipo rector» de la interpretación constitucional de los derechos y libertades. En otros términos, los derechos fundamentales de la persona emanan de la proclamación de su dignidad como fundamento del orden político y de la paz social, y de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en el artículo 1 de la propia norma fundamental.

La vida, como objeto de protección jurídica, no presenta, en principio, ningún problema desde el punto de vista de su reconocimiento constitucional; así, el artículo 15 de nuestra Constitución proclama taxativamente que «todos tienen derecho a la vida». Una interpretación integradora de vida y libertad y, por consiguiente, una interpretación del artículo 15 a la luz del libre desarrollo de la personalidad obliga a considerar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el calificativo de bien jurídico protegido. En otras palabras, la vida es un derecho, no un deber. Por ello, debe ser rechazada una ficticia confrontación entre vida y libertad que se pretenda resolver apelando a la prevalencia formal de una sobre otra, en base a criterios tales como la ordenación sistemática, la intensidad de la tutela penal o la prioridad biológico-natural.

La regulación jurídico-penal de las conductas relacionadas con el suicidio ha de ser abordada, pues, desde una perspectiva que descansa en los principios anteriormente expuestos y, por consiguiente, afirme el reconocimiento de la disponibilidad sobre la propia vida y, correlativamente, el derecho a morir.

Sin embargo, la especial importancia de la vida, la irreversibilidad de las consecuencias de la decisión, la eventual necesaria implicación de terceros y la vulnerabilidad de los procesos de toma de decisión en determinadas situaciones y etapas vitales hacen necesario adoptar cuantas medidas sean posibles en orden a garantizar la plena libertad de la voluntad.

En consecuencia, el primero de los dos artículos de que consta la presente Ley despenaliza la conducta del que, mediante actos necesarios o de cooperación activa, permita, propicie o facilite la muerte digna y sin dolor de otra persona, a petición expresa, libre e inequívoca de ésta, en caso de que sufriera una enfermedad grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte o le produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, o que, siendo permanente, le incapacitara de manera generalizada para valerse por sí misma.

El artículo segundo, por su parte, modifica los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que a su vez derogaba a través de su Disposición Derogatoria única los apartados 5, 6, 8, 9, y 11 del artículo 10, el apartado 4 del artículo 11 y el artículo 61 de la Ley 14/986, General de Sanidad.

Por tanto esta Ley propone la modificación de los artículos que regulan el respeto a la autonomía del paciente para introducir el derecho del paciente a decidir libremente, una vez informado, el tratamiento médico que se le vaya a aplicar, como presupuesto del reconocimiento de la voluntad de morir del afectado, teniendo en cuenta la conveniencia de que las situaciones eutanásicas se resuelvan, en la medida de lo posible, en un contexto médico-asistencial.

La propuesta que se hace, no se limita a eliminar las insuficiencias que la vigente Ley General de Sanidad y la citada Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, presentan al respecto, sino que diseña un modelo al que pueden ir referidas cualesquiera intervenciones médicas. En él se asegura que todo consentimiento cumpla unas ineludibles condiciones de capacidad y validez, se consolida la intervención subsidiaria de los representantes del paciente en condiciones claramente establecidas, y sólo excepcionalmente se permite intervenir médicamente a falta de la conformidad de los anteriores.

Se establece el derecho del paciente o sus representantes, en condiciones de solicitud equivalentes a las del consentimiento que regiría de manera general para todo tratamiento médico, a que se adopten sobre el afectado actitudes eutanásicas.

Finalmente, se recoge expresamente el reconocimiento de la llamada «declaración vital» en este ámbito, desarrollando una regulación prudente de las condiciones para su validez.

Una encuesta realizada por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) ha sacado a relucir que el 65% de los médicos y el 85% de las enfermeras ha afirmado que alguna vez ha recibido la petición de un paciente terminal de morir, bien a través de un suicidio asistido o de la eutanasia activa.

La misma encuesta muestra que el 21% de los médicos reconoce que, a pesar de su ilegalidad, en España se practica la eutanasia.

La Comisión especial creada en el Senado durante la VI Legislatura concluyó que en torno al 67% de las personas interrogadas estaban a favor de la legalización de la eutanasia.

V

NOVEDADES LEGISLATIVAS

V.1. RESOLUCIÓN de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se resuelve el concurso ordinario n.º 283 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 2 de diciembre de 2011 y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos (BOE DE 31/01/2012)

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/01/31/pdfs/BOE-A-2012-1464.pdf>

V.2. RESOLUCIÓN JUS/183/2012, de 6 de febrero, de nombramiento de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles (DOGC 13/02/2012)

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=599140&type=01&language=es_ES

V.3. RESOLUCIÓN JUS/184/2012, de 6 de febrero, de nombramiento de notarios y notarias para proveer varias notarías vacantes en el territorio de Cataluña (DOGC 13/02/2012)

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=599092&type=01&language=es_ES

V.4. LEY 1/2012, de 22 de febrero, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2012 (DOGC 27/02/2012)

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=600494&type=01&language=ca_ES

V.5. RESOLUCIÓN de 13 de febrero de 2012, de la Secretaría de Estado de Planificación e Infraestructuras, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de enero de 2012, por el que se establece la cuantía del Módulo Básico Estatal para 2012 (Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012) (BOE 28/02/2012)

<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/28/pdfs/BOE-A-2012-2828.pdf>

- V.6. LEY 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto (DOGC 29 de febrero de 2012)

http://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/AppJava/PdfProviderServlet?documentId=600710&type=01&language=es_ES

VI

COLABORACIONES

VI.1. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD DEL «MENOR MADURO»: EL CAMINO DE LA INCOHERENCIA LEGISLATIVA

María José García Alguacil

Profesora Titular de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

El sistema normativo desarrollado en torno al menor de edad con juicio suficiente, el denominado según la doctrina, «menor maduro», presenta, a día de hoy, importantes contradicciones valorativas. Pero si importante será resaltar el contenido de esas contradicciones más importante será examinar cómo se ha ido configurando ese marco de mayor autonomía que el legislador ha decidido ir concediendo atendiendo, a veces, a no se sabe muy bien qué criterios.

Todo ello no lleva sino a un rocambolesco sistema en el que dependiendo de cada caso en concreto, el menor podrá decidir, en unos supuestos sobre determinadas cuestiones cuyas consecuencias, probablemente escapan de su órbita de comprensión; mientras que en otros casos no.

Es cierto que todo lo que rodea al mundo del menor ha sido objeto de diferentes regulaciones, en distintos momentos de la historia y con contenidos diversos. Observamos cómo el menor de edad es considerado en el ordenamiento jurídico civil, como menor con capacidad para discernir desde los 12 años. Desde ahí hasta los 16 años, momento en el que podrá emanciparse, hay toda una panoplia de posibilidades de actuación, unas veces restringidas por la propia ley, otras veces por la intervención de los representantes legales, en las que el menor verá reflejada su capacidad decisoria en asuntos de no poca relevancia.

El art. 162 del CC confirma el poder representativo de los padres o tutores, configurado en forma de regla general-excepción, siendo teóricamente la regla la facultad de representación en cualesquiera actos y negocios, mientras que excepciona del ámbito de dicha representación, tres supuestos claves, entre los que se encuentran los derechos de la personalidad.

Es curioso comprobar cómo el legislador, precisamente, en relación a este ámbito excluido (los derechos de la personalidad), utiliza no el criterio de la edad, sino el del juicio suficiente. Y decimos curioso, porque es aquí precisamente donde quedará reflejado el mayor número de contradicciones. El representante queda excluido de este ámbito de privacidad, y sin embargo, se reclama su intervención para cuestiones a todas luces menos relevantes. No se necesita su consentimiento para que el menor aborte, pero sin embargo, se precisa su firma y por tanto autorización para que su hijo (menor con 16 años) salga del colegio para asistir a una función. ¿Dónde se ha quedado la coherencia al legislar? Es el momento de repensar y replantearse con sincera honestidad el horizonte del menor. Que ganen en autonomía sí, pero a costa de todo, no.

II. EL MENOR Y SU CAPACIDAD DECISORIA: La autonomía del menor

Desde hace ya algunos años, la doctrina más reciente ha optado por promocionar la autonomía del menor. Así se ha venido declarando que, no hay mejor forma de proteger al

menor y a sus intereses que otorgarles libertad para decidir en atención a su grado de madurez.

El fundamento de esta nueva línea se halla en el propio texto constitucional, que impone a los poderes públicos, incluido el legislativo y el judicial, propiciar el respeto a la dignidad de la persona y, especialmente, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) ¹. Este último principio es el que se halla en la base del reconocimiento de autonomía a los menores de edad.

En este sentido, si hay alguien necesitado de desarrollar su personalidad es justamente por su edad y normal falta de experiencia y madurez, el menor. Aunque hasta ahora, la representación legal ha sido considerada como el instrumento más eficaz para satisfacer los intereses del menor, hoy, la doctrina más reciente y también buena parte de la legislación, pone en jaque esta interpretación.

La edad ha dejado de ser, tanto en nuestro sistema jurídico como en los de nuestro entorno, un criterio infranqueable para la capacidad de obrar. Hoy, se reconoce a los menores en nuestro Derecho al menos una capacidad de obrar limitada, en tanto en cuanto, tenga capacidad natural para realizarlos ². A estos efectos, conviene deshacer el equívoco de pensar que la autonomía se le concede al menor solamente en el ámbito personal, dejando fuera los actos de índole patrimonial. Todo lo contrario, la concesión por ley a los menores de cierto grado de autonomía también afecta a los actos o negocios de esta índole.

BUSNELLI, en Italia, conecta el ejercicio de los actos de contenido personal al art. 2 de la Constitución italiana (reconocimiento del desarrollo de la personalidad y los derechos inviolables del hombre), considerando que toda persona es perfectamente capaz de ejercitar sus propios derechos personales, apenas haya adquirido una suficiente madurez de juicio, lo que sin embargo no sucederá con los actos patrimoniales, regidos por la regla codificada de la incapacidad de obrar de los menores de 18 años ³. En la misma línea se muestra MARTÍNEZ DE AGUIRRE, para quien la autonomía al menor se le ha concedido prácticamente para el ámbito personal ⁴.

Destaca la doctrina que no se puede trazar una línea de separación radical entre la mayoría y la minoría de edad, entre la capacidad de obrar plena y la incapacidad absoluta. El menor, conforme va creciendo, va adquiriendo una aptitud progresiva para la celebración de actos y negocios jurídicos, que el legislador se ve en la obligación de reconocer y garantizar.

1. En este sentido, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *ADC*, 1992, PÁG. 1401. Igualmente, RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000, págs. 36-37, claramente conecta el interés del menor con el principio de libre desarrollo de la personalidad.

2. Cfr. DE CASTRO, F.: «Derecho Civil de España», Tomo II, *Derecho de la persona*, Madrid, 1952 págs. 159 y ss., quien con base en la ley, y con apoyos sólidos en los antecedentes históricos, justifica la autonomía del menor, en el ámbito tanto personal como patrimonial. En el ámbito personal, DE CASTRO, mantiene que el menor puede actuar por sí, y ni siquiera se admite a su juicio, la impugnación por el representante legal, si no hay una especial razón protectora. En el ámbito patrimonial, la capacidad del menor queda limitada a los actos de adquisición de derechos (no sólo de la posesión, como admite el art. 453 CC), y de celebrar por sí aquellos contratos, básicamente gratuitos, de los que se deriven ventajas patrimoniales en exclusiva para el menor (no sólo donaciones, sino también por ejemplo la aceptación de estipulación a favor suyo, etc.); también puede ejercitar actos defensivos o conservativos, y por último, partiendo del carácter claudicante de los contratos que por sí celebre (1302 CC) podrá celebrar contratos onerosos válidos, en tanto no resulten impugnados.

3. Cfr. BUSNELLI, F.D.: «Capacità e incapacità di agire di minore», en *Dir. Fam. e Pers.*, 1982, Pág. 61.

4. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)», *ADC*, 1992, pág. 1437.

A la vista de ese progresivo grado de madurez, la voluntad del menor se erige en uno de los medios de concreción de su interés, y a veces, incluso por mandato de la ley, en el único posible, siendo su carácter vinculante para los padres, familiares y poderes públicos. Cuando así suceda, se estará reconociendo la autonomía plena del menor para tomar sus propias decisiones.

Todo esto no hace sino poner de manifiesto la contraposición existente entre la edad legal y la edad real que conducirá inexorablemente al tratamiento particularizado del sujeto, la toma en consideración de los factores particulares, antes que el dato objetivo de su edad exacta, como modo efectivo de respetar el derecho del menor a su autodeterminación, esto es, a desarrollar libremente su personalidad.

Junto al art. 162 del Código civil, la base legal para la concesión de esa mayor autonomía al menor hay que buscarla en el art. 2 de la Ley Orgánica del Menor, cuyo párrafo segundo establece, conectando el principio del interés del menor como principio general en el ámbito del menor, que: «*Las limitaciones e interpretación de toda la normativa sobre menores se interpretarán de forma restrictiva*». Aún cuando la doctrina que ha analizado este precepto se muestra bastante escéptica sobre su verdadero alcance y eficacia práctica, nuestra legislación ha dado un paso decisivo hacia la equiparación a otros ordenamientos más avanzados.

El art. 2.2 LOM, con mayor o menor fortuna, ha venido a reconocer la realidad en la que se encuentra el menor y a dar relevancia a su proceso evolutivo. No supone, no obstante la norma, el reconocimiento de la capacidad de obrar general a los menores, sean cuales sean sus circunstancias y su nivel de madurez, con las excepciones que marque la ley. Es más bien una norma de carácter programático, cuyo efectivo valor, mientras no haya una legislación que desarrolle esa orientación, es la de servir de pauta interpretativa de la normativa vigente; una suerte de interpretación auténtica de las reglas en vigor, las cuales serán observadas desde ahora bajo otra perspectiva.

No obstante, a pesar de los parabienes que merezca la reforma, y el avance legislativo que la misma haya podido suponer, quizás lo más conveniente hubiera sido reformar el Código civil, introduciendo de una vez por todas, normas efectivas sobre la capacidad de obrar del menor, en lugar de elaborar leyes o introducir modificaciones en otras ya promulgadas, que no hacen sino confirmar el despropósito legislativo y las nefastas consecuencias originadas por dicha opción.

Veamos algunos aspectos especialmente problemáticos en relación con este tema.

II.1. Los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad se han definido como derechos subjetivos derivados de la propia naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida e integridad física) como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y a la imagen).

Nuestro Código civil, tras la reforma del Derecho de familia de 1981, ha venido a otorgar a los menores de edad, como no podía ser de otro modo, un campo amplio de autonomía en materia de derechos de la personalidad o similares. Así se deduce del art. 162.1 CC, donde expresamente excluye de la representación legal de los padres, el ejercicio de esta clase de derechos, lo que inmediatamente hace suponer que son ejercitables sólo por sus titulares aunque no sean mayores de edad.

Resulta sorprendente el paso dado por el legislador. En un ámbito en el que, cada vez con más frecuencia, la práctica judicial y las necesidades sociales se destapan con nuevas exigencias de orden personal (piénsese, por ej., en la transexualidad, en el derecho a tener un sexo

bien determinado, en la necesidad de conocer el origen biológico para un sujeto concebido por técnicas de reproducción asistido, en el matrimonio en parejas homosexuales, en el «derecho» al aborto, en el «presunto» derecho a una muerte digna... etc.), nuestro ordenamiento otorga a los menores la capacidad de decidir aspectos tan trascendentes como éstos, siempre que se hallen dotados de madurez o juicio suficiente, y por supuesto, en muchos de estos casos, sin contar con la representación de sus progenitores. La doctrina, no obstante, ante este inicial posicionamiento, se ha llegado a plantear la posible intervención de los padres⁵, en los supuestos en los que se demuestre que el menor no tiene madurez suficiente para decidir y mucho menos para asumir las consecuencias que de dicho acto se podrían derivar.

En términos generales, y siendo coherentes con lo que preceptúa el art. 162 del CC, debería negarse tal posibilidad a los representantes legales, pues nos hallaríamos ante ámbitos excluidos de la representación legal. A pesar de todo, un sector de nuestra doctrina, entre los que nos encontramos, se muestra partidario de permitirlo cuando, de otro modo, pudieran resultar lesionados los intereses de los hijos, o especialmente cuando carezcan aún de madurez suficiente para el ejercicio de los mismos. En estos casos, el representante legal recuperaría su poder de intervención⁶. Intentando, no obstante ser respetuosos con lo preceptuado en dicho artículo, se podría afirmar lo mismo que en su día ya dijera DÍEZ PICAZO, esto es, que en estos casos, los padres no estarán actuando como representantes legales sino en el ámbito del cumplimiento de sus funciones, en concreto la de «velar por ellos»⁷.

Todo este planteamiento merece ciertas matizaciones. La prohibición de los actos realizados por el progenitor en el ámbito de los derechos de la personalidad encuentra su fundamento en la propia categoría de los derechos a los que se refiere «personalísimos», derechos inherentes a la persona. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 162 del CC, tal y como está redactado, se introduce con la reforma de 1981. El Código civil, en su versión originaria no contenía una norma que, como ésta, regulara exclusivamente la representación normal de los hijos menores; sólo el art. 155.1 del CC, señalaba, entre otros deberes de los padres hacia los hijos, el de «representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho».

Es posible, por no decir casi seguro, que cuando el legislador redactara ésta norma, en la exégesis de la misma no entraran cuestiones o temas tan relevantes como los aquí mencionados (transexualidad, aborto, muerte digna...). Sin embargo, observamos cómo hoy, el denominado «menor maduro» decidirá cuestiones extremadamente trascendentes para su vida, prestando el consentimiento directamente sin contar con el de sus representantes legales. Y el tema no deja de plantear dudas. En parte porque el art. 1263 del Código civil, prohíbe a los menores no emancipados prestar consentimiento a la hora de contratar. Sin embargo, la Ley 41/2002, en su art. 9, exige que el consentimiento informado, cuando de menores con 16 años se trate, lo presten éstos, por ellos mismos, dejando fuera a los representantes legales. ¿Acaso los consentimientos referidos en cada precepto son distintos?

5. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, op.cit. pág. 1414. (nota n.º 9) señala que es precisamente la madurez del menor, para conocer y querer, la que debe tenerse en cuenta primeramente, porque ello constituye el instrumento con el que cualquier hombre puede enfrentarse a situaciones para las que nunca fue educado. La falta de experiencia quedaría suplida perfectamente con ese asesoramiento o información procedente de los sujetos experimentados. Este autor, defiende la figura de la «curatela» como solución alternativa a la sustitución plena de la voluntad del menor.

6. Cfr., JORDANO FRAGA, op.cit. pág. 895. Otros autores como PRADA GONZÁLEZ, op. Cit. págs. 391-392, no se pronuncian abiertamente; simplemente critican el que no se puedan ejercitar los derechos de determinados menores, por no tener juicio o madurez suficiente.

7. Vid. DÍEZ PICAZO, ...

A estos efectos, un sector de nuestra doctrina, en relación a la contratación de servicios sanitario ha considerado que aunque afecta a los derechos de la personalidad, en este caso son los padres los que deben celebrar el contrato porque se dice, «...el hecho de que se sustraiga de la representación legal de los padres esta parcela, no significa que éstos no puedan realizar actuaciones que afecten a los derechos de la personalidad de los hijos sometidos a su patria potestad» y se concluye afirmando: «únicamente pueden prestar el consentimiento contractual válidamente los padres, en virtud de las obligaciones previstas en el art. 154 del Código civil, y no como representantes suyos⁸».

Ante este panorama, visto con buenos ojos por unos y con no tan buenos por otros, llegamos a un punto contradictorio. La autonomía del menor cada vez es mayor, se le reconoce juicio o madurez suficiente para afrontar cuestiones fundamentales para su vida, y ello porque, precisamente, ese ámbito conforma su esfera íntima. No se considera oportuno que quienes son sus representantes legales actúen por ellos, porque eso sería injerir en su esfera privada, en lo que se consideran derechos de la personalidad, cuyo ejercicio sólo a ellos les corresponderá. Sin embargo, cuando de la esfera patrimonial se trata, sí son los padres los que tienen que consentir con el hijo, porque una decisión alocada o sin experiencia pudiera acabar lastrando todo su futuro «económico». ¿Y que sucede si una decisión mal tomada, o no pensada suficientemente, o no bien asesorada, acaba arruinando su vida?, y todo porque la ley les impone a los menores «maduros» que sean ellos los que decidan y a los titulares de la patria potestad la no injerencia en ese núcleo privado. A éstos les quedará, en depende que asuntos, opinar sobre la decisión que el menor ha decidido adoptar, y en otras ocasiones se les tendrá en consideración, por lo menos, para ser informados. A veces el planteamiento raya en el absurdo.

III. EL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO: Consideraciones sobre la edad

La Ley orgánica de Protección Jurídica del menor se ha visto refrendada en el ámbito sanitario por dos normas básicas: El Convenio de 4 de abril de 1997, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecha en Oviedo y ratificada el 23 de julio de 1999; y de otra parte, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica estatal, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación.

Al derecho a la información se refiere el art. 4.1, y en relación a la confidencialidad de los datos sanitarios, establece el art. 7 que «*toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley*».

En cuanto al derecho a otorgar consentimiento informado, el art. 9.3.c, establece que «*...Cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados, y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente*». También se establece en dicho precepto que «*La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos, y la práctica de técnicas de reproducción asistida, se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación*». Como veremos enseguida,

8. Vid. SANTOS MORÓN, M.J.: *Incapacitados y Derechos de la personalidad: Tratamientos médicos, Honor, Intimidad e Imagen.*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, págs. 53-54. ALONSO PÉREZ, considera, en este sentido, que son los representantes legales del menor quienes deben celebrar el contrato médico.

en relación a la interrupción voluntaria del embarazo el criterio ya no es el de la mayoría de edad.

Finalmente, el art. 11.1 sólo permite suscribir el documento de instrucciones previas, a las personas **mayores de edad, capaces y libres**.

No podemos olvidar la legislación autonómica que precedió a la Ley básica, y la posterior que se promulgó⁹. Se ha criticado por la doctrina, la falta de concreción de la definición de «menor maduro», crítica no exenta de razón pues como se está comprobando la diversidad de criterios establecidos en casos distintos, conducirán a resultados contradictorios. En el fondo, tener que decidir, caso por caso, cuando el menor reúne las condiciones adecuadas de madurez para poder otorgar relevancia a su consentimiento es una muestra más de la debilidad del sistema establecido en torno a la autonomía del menor.

A los 16 años, el denominado «menor maduro» podrá decidir sobre temas realmente relevantes de su vida, salvo que se demostrase que la decisión adoptada es irrazonable, en cuyo caso se pondría en tela de juicio esa capacidad, pudiendo el facultativo solicitar el auxilio judicial.

Los criterios fluctuantes utilizados por el legislador no han ayudado a entender la posición del menor en estos ámbitos privados, en relación con los derechos de la personalidad. Lo que recogía la Ley de autonomía del paciente de 2002, en el artículo 9 párrafo 3, en parte se ha visto modificado en 2010 por la Ley de Reproducción sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en su art. 13.4 en el que se dispone lo siguiente: *«En el caso de mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde **exclusivamente a ellas**, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos, uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas entre esas edades, deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la mujer alegue fundadamente que esto provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones o malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo»*.

La mujer con 16 años por tanto, podrá decidir libremente y sin contar con el consentimiento de sus progenitores sobre el aborto, pues el legislador ha considerado que, en atención al libre desarrollo de su personalidad y a su dignidad es positiva la adopción de esta postura. Se olvida, por supuesto, del deber de los padres de velar por sus hijos, al poder obviar cualquier tipo de información si la menor logra justificar la situación de amenazas o coacción a la que se vería sometida si dicha información se transmitiese a sus padres o representantes legales. Se legisla en este caso no en atención al canon cronológico sino en atención a ciertos criterios que dotarán de relevancia el consentimiento de una menor, como en este caso pudieran ser el temor a las represalias, o las consecuencias que en su familia tendría, el hecho de conocer el embarazo. Se prima su voluntad, cómo «legalmente» debe ser, frente a la de sus progenitores que se verán

9. En este sentido vid: Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica. Ley 3/2001, de 28 de mayo de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo. Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón de la Salud (art.14). Ley2/2002, de 17 de abril, de la Rioja, de Salud (art. 6). Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo de Navarra, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, modificada por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril. Ley 7/2002 de 10 de diciembre del País Vasco, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad. Ley 1/2003, de 4 de abril de Baleares de salud. Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León, sobre derechos y deberes sobre las personas en relación con la salud. Ley 5/2003, de 9 e octubre, de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada, entre otras. En esta última Ley (andaluza) sólo se reconoce capacidad para otorgar el documento a mayores de edad y menores emancipados.

privados de la posibilidad de cumplir con las funciones que la patria potestad les encomienda. No podrán ayudar a su hija, porque no conocerán cual es la situación en la que se encuentra. ¿Se legisla así, realmente, en interés de la menor?, o ¿son otros los criterios que mueven al legislador?

Otro ejemplo en el que se muestra, una vez más, la incoherencia del sistema en cuanto a la edad para consentir y decidir, es en el ámbito de las «instrucciones previas», en el que la Ley básica estatal 41/2002 prescinde de los menores con 16 años como posibles otorgantes del documento. Para abortar son maduros pero para redactar un documento de instrucciones previas no. Es de suponer que los motivos que han llevado al legislador a utilizar criterios tan dispares, están suficientemente justificados. Pero esto será objeto de un análisis más detallado más adelante.

III.1. El derecho a la información y la autorización al tratamiento

La decisión sobre el tratamiento médico afecta a bienes personalísimos. Por ello, el único titular de dicha decisión ha de ser el propio paciente. Hasta aquí bien. Sin embargo, esta afirmación merece ciertas matizaciones pues no todos podrán decidir por sí mismos: bien porque no tenga la capacidad necesaria, por ser menores o incapacitados, o simplemente porque la ley no estime oportuno conceder esta facultad en atención a otras circunstancias y posibles consecuencias.

Así es como, sólo aquellos que tengan capacidad de juicio y discernimiento, es decir capacidad de entender la situación en la que se encuentra y las consecuencias del acto que va a decidir, serán los habilitados por la ley para ello. *A sensu* contrario, sólo cuando el sujeto sea menor o incapaz deberá recurrir a sus representantes legales, que serán los que en su caso, emitan dicha declaración, o lo que es igual, presten el consentimiento exigido. Del mismo modo, cuando el sujeto sea un menor «maduro», emancipado o con 16 años cumplidos, en principio, la ley le reconocerá la capacidad de decisión en materia sanitaria. Pero una cosa es reconocer cierta capacidad de decisión al menor en el ámbito de las intervenciones y tratamientos sanitarios y otra presumir que siempre puede decidir, salvo que se demuestre que carece de capacidad o juicio suficiente. Es demasiado arriesgado presumir que el menor posee, con carácter general, la capacidad necesaria para entender la información clínica y autorizar el correspondiente tratamiento.

Sin embargo, lo cierto es que, ante el posible conflicto con el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad del menor, el legislador ha optado por evitarlo, otorgando esa capacidad decisoria aún en supuestos en los que los titulares de la patria potestad pueden ver frustradas sus expectativas de cumplir con el deber de velar por sus hijos menores, deber que la ley les impone en el art. 154 del CC.

Para empezar, el tratamiento médico es considerado una injerencia en la integridad física y psíquica del paciente que precisará necesariamente del consentimiento de aquél. Sin embargo, no es lo mismo el consentimiento que se ha de emitir para una intervención simple, que para aquella que entrañe un riesgo mayor¹⁰. En este sentido, como señala SANTOS MORÓN, «para determinar el grado de capacidad necesario para adoptar la decisión relativa al tratamiento se tendrán en cuenta una serie de premisas: primero, el posible beneficio que la misma derive para el paciente; en segundo lugar, la entidad de la lesión que para la integridad física del paciente

10. Vid. SIMÓN LORDA, «La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas», en *Estudios de Bioética*, Madrid, 1997, págs. 129 y ss.

supone la actuación médica; y tercero, el riesgo que para la salud del paciente conlleve la intervención»¹¹.

La idea de ponderación riesgo-beneficio se encuentra latente en nuestra legislación, si bien, no de una manera clara. Parece que, en determinados supuestos en los que el riesgo de la intervención es mayor, el legislador no se conforma con el sólo consentimiento del menor, sino que hace necesaria la intervención de los representantes legales, no porque considere que, en estos casos hace falta tener la mayoría de edad, sino porque es nuevamente el criterio de la madurez el que impera. Si el menor no tiene suficiente juicio, o madurez suficiente para entender el alcance de la intervención, serán sus representantes los que deban prestar el consentimiento¹². Así pues, el facultativo recabará el consentimiento de los representantes legales no sólo cuando la ley lo exija, sino cada vez que se encuentren ante una situación cuya trascendencia deje entrever la falta de capacidad del menor para decidir asuntos de extremada gravedad.

El único problema puede plantearse precisamente cuando el legislador decide sacar de la consideración de intervención de riesgo, a determinados tratamientos o intervenciones sobre los que pesará la enorme carga de decidir, sólo sobre el menor. En estos casos el facultativo asume unas facultades consistentes en decidir, si se trata de menor de 13 a 15 años cual es el consentimiento que debe prevalecer; y tratándose de menores con 16 años cumplidos, si informa a los padres de la situación sanitaria del menor o se reserva dicha información. Y todo ello, claro está, siempre en interés del menor. De este modo, ante una situación de riesgo, puede considerar que no es necesario informar a los representantes legales, porque ello podría suponer una injerencia en el consentimiento del menor, y en su toma de decisión. Pero ¿ellos cuando informan a los menores, no influyen de alguna forma en su toma de decisión, o siempre sus informaciones son objetivas y neutrales?

Sea como fuere, el menor de 16 años prestará el consentimiento por sí solo. Pero en esos supuestos antes vistos, en los que el facultativo puede encontrar dudas sobre la capacidad del menor, deberá solicitar el auxilio judicial pertinente, porque de otro modo, la autonomía del menor habrá quedado sustituida por la autonomía del facultativo. Y no parece muy lógico que no se deje a los padres intervenir en este tipo de asuntos y sin embargo, el facultativo asuma un rol que parece incidir directamente sobre la esfera que a aquellos les hubiese correspondido.

Ante esta problemática, un sector de nuestra doctrina ha llegado a plantear que no es necesario permitir la intervención de los representantes legales en asuntos sobre los cuales, ellos en principio no podrían actuar por encontrarse excluidos del ámbito de la representación, y ello aunque los menores no pudieran decidir. El facultativo, en este caso, debería retrasar la intervención, si fuese posible, hasta que se considerase que el menor pudiera decidir. Si no fuese posible el retraso porque la decisión fuese urgente, el necesario consentimiento de los representantes legales se justificaría bien por el estado de necesidad o por el expediente del denominado «consentimiento presunto»¹³.

Nosotros, por el contrario, no solo consideramos necesaria la intervención de los titulares de la patria potestad en asuntos de esta relevancia, sino que la estimamos imprescindible para que ese pretendido interés del menor, se cumpla en realidad. El hecho de que el menor tenga capacidad y juicio suficiente no significa que sea plenamente capaz, porque de serlo, los padres dejarían de ser responsables de sus actos, y sin embargo, según se establece en el art. 1903 C.c.

11. SANTOS MORÓN, M.J.: *Incapacitados y Derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pág. 76 y ss

12. Vid. SANTOS MORÓN, op. cit. pág. 77.

13. En este sentido FRAGA MANDIÁN/LAMAS MEILAN, «El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad quirúrgica)», edit. Revista Jurídica Galega, 1999, pág. 47.

siguen respondiendo por los actos de aquellos. ¿Por qué esa discordancia entre las normas relativas a la patria potestad y la responsabilidad de los padres y la normativa sobre la autonomía del menor a la que se refiere en concreto el art. 9 de la Ley 41/2002?

Si se dejase de intentar enfrentar el ámbito de la patria potestad a la autonomía del menor, y se pensase mejor en la necesidad de complemento de uno con otro; se comprendería que la mejor manera de garantizar un proceso adecuado de promoción del menor, es dejando que los titulares de la patria potestad, puedan velar, cuidar y guiar a los menores en estos concretos supuestos en los que el Derecho ha considerado que ya son suficientemente maduros como para decidir por ellos mismos y sin la intervención de los que deben cuidarlos.

Según lo dispuesto en los artículos 27 de la CE y 26.3 de la DUDH resulta que la facultad de decidir lo que es más beneficioso para el menor corresponderá a los titulares de la patria potestad, y sólo subsidiariamente al Estado. Por ello parece sensato pensar que lo que los padres decidan junto con los hijos será lo mejor, pues lo harán buscando siempre «su interés», el «interés del menor», y procurando, de esta forma, su desarrollo integral de acuerdo con su modelo educativo y dentro del marco constitucional¹⁴.

Sin embargo, a pesar de ser éste el espíritu de estas normas, las nuevas leyes en materia sanitaria (v.gr. Ley de Autonomía del Paciente) reducen el derecho de los padres o titulares de la patria potestad, arrojando al facultativo (médico) la potestad de decisión e impidiendo que aquellos puedan cumplir de una manera efectiva con el deber impuesto por la ley de velar por sus hijos. Y es que en la disyuntiva que estas legislaciones pretenden plantear entre patria potestad y autonomía del menor, claramente han optado por otorgar relevancia a la autonomía sobre la base del criterio de la madurez.

Pues bien, si esa pretendida madurez es la base del consentimiento informado del menor, no parece justo dejar a criterio del facultativo, en su caso, la decisión sobre la misma. Deberían idearse protocolos a través de los cuales los facultativos se condujeran en la determinación de su decisión. Pero eso está aún por ver.

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: Consideraciones generales

Se denomina «consentimiento informado» al que se realiza previa información sobre el tratamiento o intervención médica que ha de practicarse. Este consentimiento asume un importante papel como medio de defensa de la libertad y autodeterminación del paciente¹⁵.

La exigencia de consentimiento informado aparece recogida con carácter general en el art. 10, apartados 5, 6, y 9 de la LGS¹⁶, a tenor del cual, todos tienen derecho a que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continua-

14. Vid. PLAZA SÁNCHEZ, QUIJADA GONZÁLEZ y TOMÁS Y GARRIDO, «Los límites del consentimiento informado: el ejercicio de la patria potestad sobre el menor maduro», en [www. Forumlibertas.com.](http://www.Forumlibertas.com), pág.2.

15. El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos incluye una definición de consentimiento informado en los siguientes términos: «el consentimiento informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a estos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente». Vid. GALÁN CORTÉS, J.C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Edit. Colex, Madrid, 1997, pág. 31.

16. Este artículo 10 fue introducido en la LGS como consecuencia de una recomendación del Defensor del Pueblo (Recomendación 51/1984).

da, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

Fundamental en el régimen jurídico del consentimiento informado es el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, redactado en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificado por instrumento de 27 de marzo de 1999 y conocido con el nombre de Convenio de Oviedo.

En base al consentimiento informado, la relación médico-paciente ha quedado definitivamente modificada. Y si existe un ámbito en el que más claramente apreciamos este cambio es el de la autonomía de voluntad de los menores. Frente a los que postulaban de manera indiscutible la absoluta falta de capacidad decisoria en el menor para aceptar o rechazar tratamientos sanitarios; se alzan otras voces¹⁷ promoviendo la ampliación del ámbito de autonomía del menor¹⁸. El tema es de una relevancia extrema, pues en los tratamientos médicos están en juego distintos derechos del individuo: por un lado, la integridad física y el derecho a la salud; y por otro el derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad. El consentimiento informado pasa a ser considerado como derecho fundamental del paciente¹⁹.

La razón de ser de la exigencia de este consentimiento se halla en la vinculación que la decisión sobre el destino del cuerpo humano tiene con los derechos de la personalidad. Como señala un sector de nuestra doctrina «aceptar o rechazar un tratamiento médico significa elegir entre un riesgo y otro riesgo, entre un sufrimiento y otro sufrimiento, y esa decisión es rigurosamente personal²⁰».

De este modo, la decisión sobre tratamientos médicos afecta a los derechos personalísimos, derechos cuyo ejercicio corresponderá sólo y exclusivamente a su titular. El problema se produce cuando entramos en el ámbito del menor. En principio, los deberes de informar y de obtener el consentimiento deben cumplirse con el paciente²¹, siempre que éste tenga la capacidad necesaria para entender la situación sobre la que se decide. En el supuesto de no alcanzar dicha capacidad, serán los familiares los que decidirán. En concreto, el art. 10.6 LGS dispone que, «...no es necesario el previo consentimiento del usuario... cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas».

Plantea la doctrina, en aplicación a lo dispuesto en el art. 162 CC que si el menor posee suficiente capacidad de comprensión y juicio, o lo que es lo mismo comprende la situación sobre la que decide y sus consecuencias, debe ser él quien emita el consentimiento necesario, debiendo ser consultado por los representantes legales, si son éstos los que toman la decisión²². Será pues, el análisis concreto de la capacidad de discernimiento del menor, el criterio determinante para otorgar validez al consentimiento emitido por aquél.

17. ROMEO CASAMONA, C.M.: *El médico y el derecho penal I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Edit. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 316.

18. LÁZARO GONZÁLEZ, I.: (Coord.) *Los menores en el Derecho español*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 567.

19. Vid. MARÍN GÁMEZ, «A vueltas con la constitucionalidad del art. 10.6 LGS: la relevancia jurídica del consentimiento informado», RGD, 1995, vol. Julio-agosto, pág. 8238.

20. En este sentido se pronuncia BUENO ARÚS, «El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la LGS», en *Estudios de Derecho penal y criminología*, T.I., UNED Madrid, 1989, págs. 287 y ss.

21. Así aparece recogido en el Acuerdo del Consejo Interterritorial sobre consentimiento informado, en el que se señala que «el destinatario de la información es el paciente y, como consecuencia, con carácter general debe ser éste el que otorgue y firme consentimiento, salvo las excepciones establecidas en el art. 10.6 de la LGS». Incluso el propio Acuerdo del Consejo Interterritorial recoge la posibilidad de que el paciente se niegue a que sus familiares sean informados, en cuyo caso, tal negativa debe ser recogida en un documento escrito firmado por dos testigos.

22. Vid. BUENO ARÚS, op.cit., pág. 170. MARÍN GÁMEZ, op. cit., pág. 8245, opina que sólo pueden prestar válido consentimiento, los mayores de 18 años, debiendo hacerlo en los restantes casos sus representantes legales.

El tema es complejo, pues a diferencia de los mayores a los que se presume que son capaces para decidir salvo que se acredite su incapacidad, con los menores se parte de un simple dato cual es la falta de capacidad, precisamente por no haber alcanzado esa mayoría. No obstante, en estos casos, como ya hemos señalado, se utilizará el criterio de la «**capacidad natural**». Y es que, en definitiva, en este momento en el que la autonomía de la voluntad de menor avanza, se hace evidente la necesidad de tomar en consideración su decisión sobre algunos de los aspectos más relevantes de su vida, como pudiera ser, por ejemplo, el aceptar o no el tratamiento médico que se le ofrece.

Ahora bien, así como afirmamos la importancia de la toma de decisión por ese «menor maduro», que es capaz de entender y querer lo que se le ofrece y las consecuencias del acto en sí, también consideramos que la determinación de esa capacidad natural no puede convertirse en un criterio arbitrario. Criterio que se se podría ver modificado no sólo en atención a las circunstancias de ese menor, sino en consideración a otras coordenadas que poco o nada tienen que ver con su autonomía.

En principio, la capacidad para otorgar el consentimiento a un tratamiento es una cuestión de hecho que ha de valorar el médico en el caso concreto. Si el médico estima, después del examen realizado que el menor tiene capacidad suficiente para decidir, no podrá éste llevar a cabo el tratamiento contra la voluntad del enfermo, y la diferencia de criterio del representante legal será irrelevante²³.

Argumenta un sector de nuestra doctrina a estos efectos, que si el menor adoptase una «*decisión objetivamente imprudente e irracional, el médico con toda probabilidad se cuestionaría su capacidad*». Lo cierto es que, esa objetividad sería también objeto de valoración²⁴.

Entre los elementos que forman parte del proceso de adopción de la decisión se han utilizado los criterios de de la «razonabilidad de la decisión», o el de «aptitud para entender los riesgos, alternativas y beneficios del tratamiento». De los dos, ha sido éste último es más valorado, pues el primero se considera que prima circunstancias ajenas a la propia individualidad del menor, siendo por ello poco estimado.

Sin embargo, este planteamiento puede conducirnos a un pernicioso resultado. **Se ha de respetar la voluntad del menor aunque la decisión por él adoptada no resulte ser la más beneficiosa.** El médico, entre su obligación de curar y el respeto a la decisión del paciente, ha decidido actuar promocionando la autonomía del menor, pudiendo en algunos casos, hacerse partícipe del empeoramiento del enfermo y de las consecuencias que esa decisión ha generado (v.gr., casos de consumo de alcohol o estupefacientes, práctica de un aborto... etc.).

Es importante recordar que el consentimiento se exigirá tanto para la práctica de la intervención como para la negativa a la intervención o tratamiento. Esos tratamientos o intervenciones serán banales en unos casos, relativamente importantes o muy graves, pudiendo suponer un riesgo para la vida del paciente. En todos esos casos, los menores de edad con 16 años cumplidos prestaran libremente su consentimiento, pues así lo ha dispuesto, como venimos mencionando la Ley del Paciente.

Sin embargo, lo curioso es que el legislador, titubea y decide en unos casos considerar sujeto del consentimiento informado, o titular de una instrucción previa a un menor emancipado, en otros, al menor emancipado y al menor con 16 años cumplido, y en otros supuestos, estima que el menor no es quien para emitir depende qué tipo de declaraciones y las restringe al mayor

23. SANTOS MORÓN, M.^a J.: *Incapacitados y Derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen.*, Escuela libre editorial, Madrid, 2000, pág. 73.

24. SANTOS MORÓN, op. cit., pág. 74.

de 18 años, por entender que sólo él tiene capacidad de obrar plena y es considerada persona capaz de entender y querer las consecuencias posteriores de los actos que decida.

En este sentido, **la Ley 41/2002**, de autonomía del paciente, en el art. 11.1 **no menciona entre los otorgantes del documento de instrucciones previas al menor de 16 años**, ni tan siquiera al emancipado. Dice este precepto: *«Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados, y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar además un representante, para que llegado el caso sirva como interlocutor suyo con... 4.– Podrán revocarlo libremente en cualquier momento».*

La Ley 5/2003 de 9 de octubre de Declaración de voluntad vital anticipada, consagra en el art. 4 la **posibilidad de que dicha voluntad sea emitida por los mayores de edad o menores emancipados**. En el art. 8 se regula la posibilidad de que la misma sea revocada libremente, en cualquier momento por su autor.

La Ley 2/2010 de Derechos y Garantías de la Dignidad de la persona en el proceso de la muerte, por poner un ejemplo, se refiere en el art. 11.3 al **consentimiento informado de los menores emancipados o con 16 años cumplido**. En este caso, son ellos los que prestarán el consentimiento o se negarán al tratamiento, siendo los padres informados y tomándose en cuenta su opinión para la toma de decisión final. Estos menores podrán revocar el consentimiento informado y rechazar la intervención que les sea propuesta por los profesionales sanitarios en los términos previstos en el art. 8.

En **la Ley 2/98 de 15 de junio de Salud de Andalucía** se establece en el art. 8 que **«los ciudadanos»** tienen los siguientes deberes entre los que se encuentra: Firmar en el caso de negarse a las actuaciones sanitarias, el documento pertinente, en el que quedará expresado que el paciente ha quedado debidamente informado.

Queda patente que el legislador no ha dejado claro donde se encuentra ese límite que marcará la madurez del menor, y que obviamente no son los dieciocho años. Y es que tan indeterminado es el concepto de «madurez» como el de «interés del menor». Tratar de conjugar ambos, y en el ámbito sanitario, sin la confluencia de la intervención de los titulares de la patria potestad, acabará provocando un retroceso en ese proceso hacia la autonomía plena del menor.

En definitiva, el legislador no se ha mostrado coherente, ni sistemático a la hora de decidir sobre lo que el menor puede o no hacer. El legislador parece estar legislando a la carta. No se puede decir que no se ajuste al procedimiento legal establecido. Son leyes ajustadas a derecho. Pero su contenido, y por lo que afecta al menor, que es el tema que nos concierne, es nefasto y dudosamente ético.

V. INCUMPLIMIENTO «OBLIGADO» DEL DEBER DE LOS PADRES DE VELAR POR SUS HIJOS

Es evidente, o por lo menos eso parece a simple vista, que el menor decidirá cuestiones relevantes para su vida, si tiene capacidad decisoria suficiente, pero es igualmente evidente, que si la mayoría de edad sanitaria se consigna en los 16 años y a pesar de ello, se establecen excepciones en que serán los padres los que deberán consentir; el legislador ha generado una confusión, quizá, no deseada, que acabará provocando, cuanto menos, inseguridad jurídica. Nos enfrentamos, por tanto ante supuestos en los que para determinar la validez del consentimiento se atenderá a la capacidad natural del menor, a su madurez y juicio suficiente, mientras

que en otros casos, esa capacidad se verá restringida por la relevancia o gravedad de las consecuencias que del acto en sí se pudieran derivar.

Tal y cómo venimos exponiendo desde el principio, los menores son considerados sujetos capaces para decidir asuntos que quedaran excluidos del ámbito de representación de los progenitores (padres o tutores). Se les atribuye en exclusiva el ejercicio sobre los derechos de la personalidad, por entender que estos, forman parte de la esfera más íntima del ser humano. Sobre los mismos no cabe consentimiento por representación, si de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos se trata. Son ellos, directamente los que prestarán el consentimiento exigido.

Pero junto al progresivo avance en la autonomía del menor se olvida el retroceso en el marco del cumplimiento del deber de velar por los hijos que la ley impone a los padres o titulares de la patria potestad. Y así es como se ha generado esa corriente de opinión que parece entender que la patria potestad supone un atentado directo al centro del ámbito más privado del menor. A partir de ahí, la descoordinación que se manifiesta entre la regulación de la patria potestad y la responsabilidad de los padres con respecto a los hijos menores, y la autonomía de voluntad del menor ha quedado patente.

Los padres o titulares de la patria potestad no pueden intervenir en ese ámbito privado en el que se circunscriben los derechos de la personalidad, dejan de participar en cuestiones tremendamente importantes para la vida del menor porque la ley estima que «esas cuestiones y esas decisiones» sólo conciernen al menor; se les deja de informar de tratamientos médicos o de la negativa a recibirlos; se les priva de la posibilidad de conocer y completar la decisión del menor en lo atinente a ciertas intervenciones, cuyas consecuencias pueden ser extremadamente negativas para la vida del menor; y todo porque el legislador utilizando el criterio del juicio o la madurez suficiente, los dota de capacidad de decisión, enarbolando la bandera de la autonomía de la voluntad, y equiparándolo en este punto, al mayor de edad.

Sin embargo, esos mismos padres o titulares de la patria potestad, responderán por ese hijo con 16 años cumplido que ha cometido algún hecho ilícito y ha causado un daño a otro, tal y como previene el art. 1903 de nuestro Código civil. El debate está servido, ¿porqué el menor es capaz para prestar consentimiento en unos casos y en otros no; o porqué a los padres se les aparta, en unos casos, y sin embargo, su decisión, resulta imprescindible en otros?

Es obvio, por los resultados que se están produciendo, que se está legislando con demasiada ligereza. A veces, parece que importa más la rentabilidad política de la ley, promulgada en el momento que se estima más idóneo, que el contenido en sí de la misma. Si se legislara con más sensatez y coherencia se evitarían esas contradicciones que son, en definitiva, las que acabarán provocando consecuencias tan lamentables como las que ya se están percibiendo.

Con todo, no se está cuestionando el grado de autonomía que el legislador concede al menor en la adopción de sus decisiones. Es positivo que el menor vaya adquiriendo con los años y la experiencia cada vez más capacidad de obrar, no olvidando que la capacidad de obrar plena sólo se logra a los dieciocho años. Sin embargo, no es tan positivo el criterio que ha utilizado el legislador para determinar el grado en la capacidad del menor, esto es «la madurez», dejando a un lado el criterio cronológico. Ese criterio de «la madurez» introduce un índice de arbitrariedad, poco aconsejable. Pero vayamos por partes.

Dispone el art. 39 de nuestra Constitución: «*Los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación,..... 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda*».

En este marco, nuestro derecho interno ha evolucionado, modificando normas e instituciones, tratando de hacer efectivos los principios y derechos consagrados en aquellos e incorpo-

rando algunas otras, siempre atendiendo al principio rector imperante que, en este caso no es otro que «el interés del menor».

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado y de muy difícil precisión. Los criterios para la determinación de lo que haya de ser éste, han sido fluctuantes y flexibles desde el punto de vista jurídico, de modo, que aún siguiendo ciertos parámetros siempre ha dado la sensación de que el concepto de interés del menor venía adornado de cierto carácter abstracto. Probablemente lo más coherente sea fijar referencias útiles y reales que ayuden de manera efectiva a concretar lo que deba ser el interés del menor.

Como señala LÁZARO GONZÁLEZ, el interés del menor está en que al menor le sean respetados todos sus derechos atendidos conforme a su personalidad²⁵. Lo que conlleva inexorablemente a reconocer que éste es persona y como tal portador de intereses diversificados, distintos de sus progenitores.

Con todo ello, y siempre respetando esos derechos que ayudaran a concretar lo que deba entenderse por interés del menor en cada momento, no se puede olvidar que los padres tienen atribuidos una serie de deberes, que conformarán lo que se ha dado en llamar el ámbito personal de la patria potestad. Estos son: el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación íntegra. De cómo se hayan de interpretar estos deberes y de la relevancia que a cada uno se le atribuya dependerá, en buena medida, el sacrificio de éstos en aras de ese interés.

La aplicación del principio del interés superior del niño o interés del menor corresponderá, pues, a los titulares de la patria potestad, tutela, acogimiento, al Juez, a la autoridad administrativa y al Ministerio Fiscal²⁶. Todos deberán garantizar que dicho principio tenga la relevancia y preeminencia que el ordenamiento jurídico le ha otorgado.

Sin embargo, consideramos que el interés del menor no puede desconectarse del deber de velar por los hijos; es más, resulta dudoso que se pueda conseguir aquél privando a los titulares de la patria potestad de este derecho-deber. En aras de la consecución de una mayor autonomía del menor, los titulares de la patria potestad son apartados de la toma de decisiones, probablemente más importantes, en la vida de un hijo.

Tanto el art. 27 de la CE, como el 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ponen de manifiesto la relevancia de la intervención de los titulares de la patria potestad en primer lugar y sólo subsidiariamente del Estado, en la facultad de decidir cuál sea el interés del menor. Así pues, se observa que lo que ha sido considerado como más beneficioso para los hijos, es la intervención de los padres, los cuales procurarán el desarrollo integral, de acuerdo con su modelo educativo y dentro del marco constitucional vigente. Esto supondrá en primer lugar, el respeto absoluto al derecho a la vida del menor y al de todos sus derechos fundamentales²⁷.

Esto no es sino reflejo del concepto de patria potestad en el Derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, como menciona nuestro Tribunal Supremo (Sala 1.^a) en la sentencia de 24 de abril de 2000, en la que se define como una «función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la CE».

25. Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I., Coord. (AA.VV.): *Los menores en el Derecho español*, Edit. Tecnos, pág. 115.

26. *Ibidem.* pág. 116.

27. LÓPEZ BOFILL, H.: «Transfusiones, menores y Testigos de Jehová. La libertad religiosa en un marco extremo. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio, en *Revista Jurídica de Cataluña* 2003, 102 (3), págs. 743-765.

El deber de velar por los hijos es, también, un concepto jurídico indeterminado, cuyo cumplimiento no necesariamente requiere la presencia del hijo junto a los titulares de la patria potestad. Según ha puesto de manifiesto LASARTE, «la expresión de *velar por los hijos* es posiblemente la generalización de los deberes paternos a que posiblemente hace referencia el precepto e implica prestarles la asistencia y protección que en cada momento de su vida *sub potestate* requiera la crianza y formación de los hijos²⁸». Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, considera que los padres no ostentan un derecho-función, supeditado en todo momento a la obtención del máximo beneficio del menor, sino un derecho subjetivo fuertemente limitado. En este caso, el límite lo marcará el interés del hijo²⁹. Así es cómo la patria potestad es entendida además de cómo un conjunto de deberes como un derecho. Un auténtico derecho, de origen constitucional, a convivir, educar y formar a los hijos³⁰.

Como señala otro sector de nuestra doctrina, nos encontramos ante un derecho-deber que «no hace otra cosa que traer al derecho positivo relativo a las relaciones familiares, la ayuda y asistencia que los seres humanos se deben entre sí, con carácter general, pero que adquiere especial relevancia, por razones obvias en el ámbito familiar y dentro de este, en las relaciones entre padres e hijos menores³¹».

Sin embargo, entre otras, la Ley 41/2002, por ejemplo, reduce el derecho de los padres a decidir sobre la salud de sus hijos menores, a los casos en los que éstos no sean capaces de tomar decisiones por sí mismo, y ello a criterio del facultativo (medico responsable), el cual, atendiendo a las características físicas y psíquicas del menor, compruebe que aquél no es capaz de comprender el alcance de la intervención.

Con estas premisas, consideramos fundamental afianzar una idea que estimamos ha sido olvidada en más de una ocasión por el legislador. **Para considerar si un acto concreto debe quedar excluido de la representación paterna**, a nuestro modo de entender, no será suficiente con argumentar la exclusión sobre la base del art. 162.1 CC, sino que es fundamental poner en relación las condiciones de madurez del menor con la trascendencia del acto que se va a realizar. Recordemos que no siempre esto ha sido así. Sin ánimo de menospreciar ese ámbito de autonomía en progresión que el menor ha ido afianzando, consideramos que el legislador no se ha planteado seriamente las ulteriores consecuencias que los actos que los menores pueden realizar por sí mismos tendrán en su vida. Sin embargo, el planteamiento ha sido diferente cuando se ha situado en el ámbito patrimonial. Importan y mucho las consecuencias de los actos de disposición de los menores con respecto a su patrimonio, hasta el punto de permitir, sólo determinados actos, sin el consentimiento de los representantes legales (padres o tutores). Sin embargo, cuando el menor «con madurez suficiente» se enfrenta a los actos que conforman esa esfera privada, lo hará sólo, porque así lo ha dispuesto la ley; porque las limitaciones a la capacidad de los menores han de interpretarse en forma restrictiva³²; y porque ante todo y

28. Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, Tomo IV, *Derecho de familia*, octubre, 2000, pág. 408.

29. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, págs. 505 y 506.

30. Vid. RUIZ-RICO, RUIZ, J.L., DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S, y LUQUE JIMÉNEZ, M.C: «Reflexiones sobre la protección de menores en el Ordenamiento Jurídico Español», en *Persona y Estado en el Umbral del Siglo XXI*, Edit. Facultad de Derecho de Málaga, 2001, pág. 670.

31. PLAZA SÁNCHEZ, J.J., QUIJADA GONZALES, C., TOMÁS Y GARRIDO, G.: «Los límites del consentimiento informado: ejercicio de la patria potestad sobre el menor maduro», *www.forumlibertas.com.*, y Bioética en la Red.

32. Vid. R.DGRN de 14 de abril de 2000 (*La ley*, 2000, marginal 11586). Allí se declaraba que una menor con dieciséis años cumplidos estaba legitimada para promover un expediente de cambio de nombre porque había alcanzado las condiciones de madurez suficientes.

sobre todo, debe promocionarse su autonomía, aún a sabiendas de que se está sacrificando su propio interés, al dejar fuera y excluir el criterio de los titulares de la patria potestad en este concreto ámbito.

El artículo 1263.1 de nuestro Código civil se enarbola como la regla a la que recurrir para discernir entre la capacidad o incapacidad del menor. Resulta francamente curioso el uso reiterado de la misma. Y no deja de ser sorprendente el que se siga manteniendo que «no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados». Sorprende porque hoy la capacidad contractual del menor resulta más que evidente. El juego de la madurez y su grado de discernimiento le han permitido consentir desde los ámbitos quizás menos relevantes (como realizar compraventas de escaso valor, o donde no se ponga en riesgo su patrimonio) hasta ámbitos extraordinariamente importantes, en donde el menor decidirá sobre aspectos cruciales de su vida (intervenciones quirúrgicas, tratamientos médicos, aborto...).

Es cierto que en nuestra doctrina, es práctica habitual enumerar los casos en los que el menor tiene capacidad de obrar o un cierto ámbito de actuación (v.gr. audiencia del menor). Son esas capacidades especiales de obrar que se concederán en atención a la edad o grado de madurez del menor. El problema, sin embargo, no es el que la ley diga cuando el menor puede decidir por sí mismo, sino el resolver, que sucederá cuando la ley no diga nada. El 1263 del Código civil, hoy está perdiendo virtualidad normativa, porque son tantas las excepciones que se están admitiendo, que parece que la regla general se ha quedado vacía de contenido. En el momento en el que nos encontramos, no es el 1263 exponente de lo que se haya de considerar una regla general. No por lo menos en las circunstancias actuales. Quizá el legislador debería, o no admitir tanta excepcionalidad a la regla o, decidirse a modificar la regulación existente sobre la capacidad de obrar del menor.

Como estamos viendo, son muchas las ocasiones en las que será, en unos casos el Juez, y en la mayoría, el facultativo que se encuentre ante un menor, el que deberá decidir en atención a esos criterios de la madurez o juicio suficiente. Así, en el caso de los menores de entre 13 y 15 años decidirá quien va a ser quien otorgue el consentimiento (el representante legal o el menor); y con respecto a los menores con 16 y 17 años, decidirá si los padres tendrán derecho a la información sanitaria de sus hijos o no, y ello en virtud de la potestad que le concede el art. 9.3 de la Ley 41/2002.

Para que la decisión que se adopte con respecto al menor se vea refrendada por un mínimo de garantías, será preciso que igual que otras muchas cuestiones, las valoraciones se protocolicen, de forma que la subjetividad del facultativo (médico) quede reducida al mínimo posible. Se han de introducir criterios de prudencia y cautela en la valoración de la madurez del menor, porque como ya se ha dicho tan reprochable es privar al menor de su derecho a decidir, como atribuirle esta facultad cuando no tiene capacidad para asimilar las consecuencias del acto que realizará.

Y toda esta interpretación hay que ponerla en relación con la privación del deber de los padres de velar por los hijos. Nuestros legisladores se han empeñado en situar en posiciones encontradas la autonomía del menor y la patria potestad. Y no se han parado a pensar que no sólo van unidas sino que no se entenderá la una sin la otra. Al menor en ese juego de su autonomía, le falta algo que no se adquiere con esa prematura madurez declarada por quien tenga que hacerlo. Al menor le falta experiencia y ésta sólo podrá ser suplida por aquellos que tienen encomendada su protección, su guarda y su educación. Es decir, los padres o titulares de la patria potestad. La representación legal no es una institución enfrentada a la autonomía del menor. Los padres serán quienes mejor ayudarán a los hijos en ese proceso de maduración, que durante unos años será completado por la presencia activa de aquellos que ya con el tiempo y los años ganaron la experiencia que a los hijos les falta. No olvidemos que los padres o repre-

sentantes legales son las personas a las que la ley ha encomendado el deber de velar y cuidar de sus hijos menores.

El incumplimiento del deber de velar por los hijos, como parte inexorable del contenido del ejercicio de la patria potestad, podría esgrimirse como causa constitutiva de un delito de abandono de familia, incluso, dependiendo del deber, también se habla de privación de la patria potestad. Sin llegar a esta interpretación extrema, lo cierto es que cuando los padres se ven impedidos de cumplir con el deber asignado por el Código civil y por la Constitución, por entender que el hijo menor tiene juicio suficiente para decidir y su consentimiento no será necesario, se está cercenando parte del ámbito del ejercicio de la patria potestad. ¿A qué posición queda relegada su función de velar por sus hijos? Veamos, si se tratase de un incapaz sometido a curatela, y se constatase que carece de aptitud suficiente para consentir válidamente el tratamiento médico o la intervención, debería obtenerse el consentimiento del curador. Y ello conforme a la regla del art. 216 CC, en virtud de la cual *«las funciones tutelares constituyen un deber...y se ejercerán en beneficio del tutelado»*. En el mismo sentido, el art. 154 también dispone que: *«La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica»*.

El legislador, movido quizá por consensos puntuales o por circunstancias coyunturales, ha preferido otorgar al menor capacidad para decidir por sí mismo asuntos extremadamente comprometidos, asuntos tan importantes como su vida o la vida de la persona que lleva en su seno. De una forma u otra los titulares de la patria potestad han pasado a segunda fila, para que observen, hablen cuando se les pregunten y no se inmiscuyan en las decisiones por aquéllos tomadas.

VI. UN EJEMPLO DE LA DESCOORDINACIÓN: El menor y el documento de instrucciones previas

Considera un sector de nuestra doctrina, al hilo de la interpretación del artículo 20 del Estatuto de Andalucía³³ y de su desarrollo por la Ley 2/2010 de Derechos y Garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, que la dignidad es la clave de bóveda de todo el proceso. Y junto a la dignidad, el consentimiento prestado por el sujeto. Y es que la idea que respira la ley por mandato estatutario es que se pierde la dignidad cuando la persona no puede seguir manteniendo las condiciones que le permiten mantener sus valores y creencias individuales. En realidad, se trata de un juicio de carácter personal. Y por ello es considerada una cuestión arbitraria pues lo que para unos es digno para otros quizá no. La ley ha optado por una solución de consenso coyuntural. Es una Ley que ha seguido validamente todo el procedimiento legal exigido. Ahora bien, ¿necesariamente es una ley justa? Lo que es, desde luego, indudable es que el bien jurídico discutido no es otro que la vida.

Esta ley generaliza el principio del consentimiento libre informado. Como es natural, uno de los aspectos más problemáticos se planteará en el momento en el que surja un conflicto entre el consentimiento prestado (por ejemplo al rechazo de un tratamiento) y el derecho a la vida. ¿Qué ha de primar?, ¿Dónde queda el derecho a la vida? Si el tema lo trasladamos al ámbito del menor maduro, el drama está servido.

33. Art. 20 Estatuto de Andalucía: *« 1. Se reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establece la ley. 2. Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte»*.

Hasta los 18 años, dice nuestro art. 315 que no se adquiere la mayoría de edad, y con ella, la plena capacidad de obrar³⁴. Ese límite, rebajado ya en su momento de los 21 a los 18, quizás debería ser modificado de nuevo. ¿Porqué no fijar la mayoría de edad en los 16 años? Esa mayoría de edad iría unida a la asunción de responsabilidades hasta el momento ausentes del panorama legal y con ello, probablemente, se arrojaría mayor coherencia y seguridad al sistema.

Pero centrémonos en la última de las decisiones del legislador, esto es, mantener en los 18 años, la edad para poder dictar un documento de instrucciones previas. Queda claro, el menor de edad no puede redactar un testamento vital. Y nos preguntamos ¿porqué no? Si seguimos fielmente el tratamiento dispensado a los menores con madurez y juicio suficiente para decidir por ellos mismos por ej., en decisiones respecto a intervenciones médico-clínicas ¿porqué no pueden decidir sobre lo que desean que se haga con ellos en otras determinadas situaciones?, ¿porqué se les niega rotundamente capacidad para formular instrucciones previas?, ¿Acaso alguien mejor que ellos sabe cuales son sus deseos? Se podría contestar que los titulares de la patria potestad, pero hay que recordar que a estos se los ha excluido de este concreto ámbito.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, exige la mayoría de edad para otorgar el documento de instrucciones previas. Un sector de nuestra doctrina se muestra partidaria de otorgar legitimación a los llamados «menores maduros», por lo menos, a aquellos que han cumplido 16 años³⁵. Otros por el contrario, entienden que no hay incoherencia. El distinto tratamiento se justifica por la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida, lo que permitirá exigir un plus de capacidad³⁶.

Ante estos posicionamientos nos planteamos la siguiente cuestión: decidir no practicar una determinada intervención o recibir un determinado tratamiento, ¿no es acercarse, igualmente, a la disposición sobre la vida?

A diferencia de la Ley 41/2002, tres leyes autonómicas, entre las que se encuentra la Ley Andaluza, reconocen capacidad al menor maduro para otorgar el documento de instrucciones previas. Son la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo; la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente, de la Generalidad Valenciana (art. 17), y finalmente la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Andalucía, de declaración de voluntad vital anticipada, que en su art. 4.1 reconoce tal derecho a los menores emancipados. A diferencia de las anteriores Leyes autonómicas, la andaluza se ha mostrado más cautelosa al reconocer sólo dicha capacidad a los emancipados, pero ¿por qué se dejan fuera al resto de menores con 16 años cumplidos? Se ha querido ser más generoso, o enmendar algo la incoherencia de la Ley Básica pero, probablemente, se ha incurrido en otra aún mayor.

Si las consecuencias que de dichas instrucciones se pudieran derivar, son las que han llevado al legislador a impedir que un menor con 16 años pueda elaborar ese documento, sinceramente consideramos que las mismas no serán tan negativas como las derivadas de un aborto sin el consentimiento de los padres e incluso sin su conocimiento. Y no lo serán porque para empezar el mencionado documento es revocable. Además es recomendable su revisión periódica,

34. Según establece el art. 322 CC: «*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por éste Código*».

35. En este sentido vid. REGLERO IBÁÑEZ, J.L.: «*El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español*», La Ley, núm. 5570, 2002, pag.1901; PLAZA PENADES, J: «*La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, Información y Documentación clínica*», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 562, 2002, págs. 5 y 6. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.L.: «*La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas*», Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho Sanitario.

36. Así lo entiende PARRA LUCÁN, M.ª A.: «*La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español*», Aranzadi Civil, núm. 2/2003, Edit. Aranzadi. Pamplona, 2003.

con lo que se podrán modificar instrucciones allí contenidas. Las consecuencias que, por el contrario, se pueden derivar, por poner un ejemplo, de la práctica del aborto, son irrevocables. Porqué esta desigualdad de trato, ¿está justificada?

El menor maduro en el ámbito sanitario, tal y como hemos visto, es titular del consentimiento informado, ¿porqué se imponen más exigencias para otorgar el documento de instrucciones previas? Es, simplemente, un documento que sólo supone el ejercicio de un derecho personal. El menor maduro, al igual que el mayor, tal y como ya hemos visto, puede negarse al tratamiento con plena efectividad, quedando vinculado el médico por la decisión del mismo, pero sin embargo, cuando esa posibilidad se pretende adoptar para el futuro, el legislador opta por negar dicha posibilidad, ¿porqué? No debemos perder de vista que el fundamento de dicho documento se encuentra en el principio de autonomía del paciente, que no es sino una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad. Dicho documento es una manifestación de los Derechos constitucionales y expresión de los bienes de la personalidad de ese menor.

Para redactar un documento de instrucciones previas, debería bastar con acreditar el suficiente juicio o madurez, o lo que es lo mismo, capacidad de entender y querer el acto y las consecuencias que de él se derivan.

Todo este panorama legal desplegado, por supuesto, en interés del menor, deja al descubierto ciertas motivaciones o intereses que poco o nada tienen que ver con el menor, o por lo menos no de forma directa.

Es el momento de unificar criterios y de mostrar coherencia en la legislación sobre menores. Las constantes fluctuaciones pueden resultar perversas y en este concreto ámbito, pueden acabar siendo nefastas.

CONCLUSIÓN

El menor se enfrenta, por una parte, a una legislación que le concede un amplio margen de autonomía en la gestión de sus intereses, tanto personales como patrimoniales; mientras que al mismo tiempo le exige que cuente con el consentimiento de sus representantes legales, cuando no tenga «madurez suficiente».

Si se decide promocionar la autonomía del menor se debe hacer con todas las consecuencias que ello entraña, se han de adoptar criterios lógicos y coherentes si después esa autonomía queda restringida en determinado tipo de supuestos. Si los titulares de la patria potestad quedan al margen de la toma de decisiones, ¿por qué se decide erigir a otros terceros en sustitutos de esa voluntad? Como queda reflejado en la Ley de Autonomía del paciente 41/2002, el facultativo podrá en su caso, decidir si comunica o no determinada información a los progenitores, o si toma en consideración la decisión del menor en atención a su madurez. En definitiva, se le convierte en juez, probablemente sin querer, de un posible conflicto.

¿Tiene lógica exigir que los padres presten su consentimiento para que el hijo/a se haga un tatuaje, pero no tengan por qué enterarse del embarazo de su hija? ¿Tiene sentido que a la menor de 16 años no se le dispense una cajetilla de tabaco pero, sin embargo, pueda negarse a recibir un tratamiento médico que puede poner en peligro su vida? ¿Qué tipo de legislación es ésta en la que se pedirá a los padres que actúen tal y como la ley dispone, en interés de sus hijos, pero se les priva de la posibilidad de cumplir con el deber de velar por ellos?

Nuestros legisladores deberían coordinar todo este entramado legal de una manera mucho más sistemática y organizada de lo que hasta el momento lo han hecho. Si el «interés del menor» se propugna como principio fundamental, superior a cualquier otro, se tiene que demos-

trar que en realidad ello es así. Si la mejor manera de proteger al menor es promocionar su autonomía; la peor forma de llevarla a la práctica es discriminar sin atender a criterios coherentes. No hay mayor inseguridad que el tratamiento diferente a realidades semejantes. El trato desigual e injustificado dispensado al llamado «menor maduro» es buena muestra de ello.

Por último, debe eliminarse esa encubierta confrontación entre la patria potestad y la autonomía del menor. Los padres o representantes legales son los primeros en querer lo mejor y buscar lo más beneficioso para sus hijos. No sólo porque se lo imponga la ley, que lo hace, sino porque por encima de todo son la mejor guía para determinar cuál es el verdadero «interés del menor».