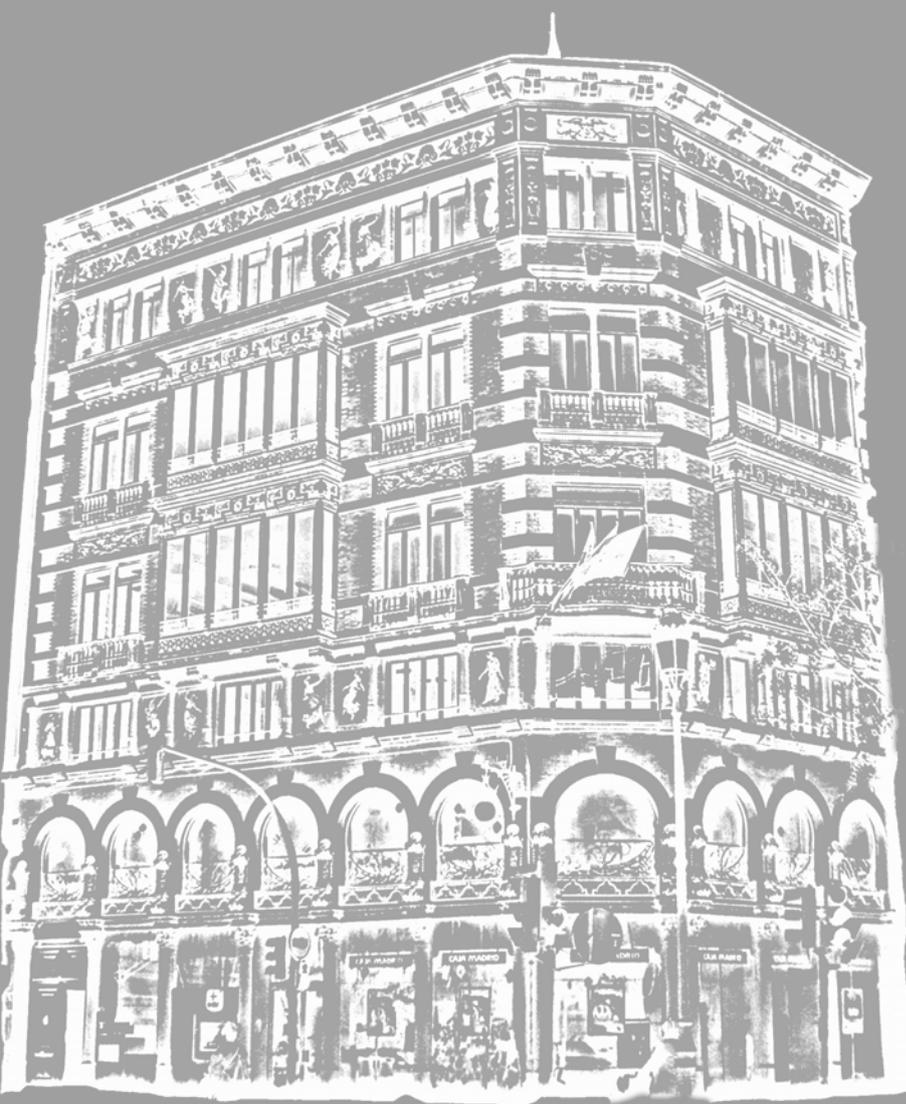
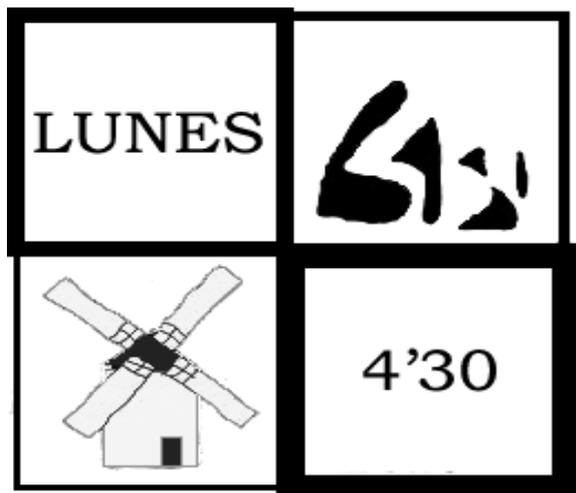


LUNES 4,30

Revista de asuntos registrales



Año XXIII - Núm. 482 - agosto, 2010



agosto2010 **Nº482**

Sumario

02 Resoluciones
por *Ana Isabel Llosa*.

04 Sentencias
por *Alicia Mª de la Rúa Navarro*.

12 Nos Escribe
"Propiedad Urbana. Planeamiento Urbanístico. Ordenación Urbanística"
por *Ricardo Egea Ibañez*.

17 Nos Escribe
"Algunas novedades en la regulación de las Actas en la modificación del Reglamento Notarial por Real Decreto"
por *Rafael Rivas Andrés*.

38 Derecho Valenciano
"Derecho Valenciano"
por *Vicente Domínguez Calatayud*.

74 Academia
"Propuesta de Resolución del Dictámen correspondiente al tercer ejercicio del 2º Tribunal de la convocatoria de Oposiciones para ingreso en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España de la convocatoria de 1995-1996"
por *Víctor J. Prado Gascó*.

85 Reseña Legislativa
BOE-DOGV 1-31 de julio de 2010.

Fundador

Enrique Colomer Sancho

Coordinador general

Pedro Fandos Pons

Colaborador especial

José Bollaín Gómez

Consejo de redacción

Maria-Emilia Adán García
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Carbonell Serrano
Alicia Mª de la Rúa Navarro
Vicente Domínguez Calatayud
Guillermo Dromant Jarque
Consuelo García Pedro
Carmen Gómez Durá
Belén Gómez Valle
Marta Gozalbes y Fernández de Palencia
Susana Juste Ribes
Fernando Javier Llopis Rausa
Ana Isabel Llosa Asensi
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Silvino Navarro Gómez Ferrer
Mercedes Ríos Peset
Ana María Sabater Mataix
Christian Sendín Martín
Miguel Soria López
Mª del Carmen Soto de Prado Otero

Maquetación

Julio Villamón Gamarra

Secretaría

María Dolores Fernández Puerta

Plaza de la Reina nº 5 • 46003 • Valencia
Teléfono: 96.353.27.65 • Fax: 96.352.19.96
cuatrotreinta@hotmail.com

RDGRN 17 de noviembre de 2009 (BOE 08/01/10)

Artículo 255 De La LH: Liquidación Del Impuesto

Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de elevación a público de un documento privado en el que A y B titulares de la nuda propiedad de una finca por mitades indivisas –siendo C titular del usufructo vitalicio-, previa acreditación del fallecimiento del usufructuario y la consolidación de éste con la nuda propiedad mediante la aportación del certificado de defunción de aquél, extinguen el condominio existente entre ellos y de mutuo acuerdo adjudican el pleno dominio de la finca con carácter privativo a A. La Registradora suspende la inscripción por no haberse practicado la liquidación del impuesto por la extinción del derecho de usufructo. La DG estima el recurso interpuesto contra la calificación registral al considerar que se entienden cumplidos los requisitos fiscales exigidos por el artículo 254 y 255 de la LH si se acredita la presentación del documento inscribible ante la Administración Tributaria, sin perjuicio de que el Registrador pueda poner en conocimiento de la Administración la no liquidación de un concepto que él entienda liquidable.

Ana Isabel Llosa

RDGRN 22 de abril de 2010 (BOE 24/06/10)

Prórroga Anotación Embargo

Presentado un mandamiento de prórroga de embargo en el Registro una vez transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años que establece el artículo 86 de la LH, no procede practicar la prórroga de la anotación respectiva, aún cuando como alega el recurrente, el mandamiento se hubiere presentado dentro del plazo legal por error en un Registro incompetente, pues es imprescindible que la presentación del mandamiento se realice en el Registro de la Propiedad competente, como resulta del artículo 420-2 del RH y 1-2 de la LH.

Ana Isabel Llosa

RDGRN 4 de mayo de 2010
(BOE 22/06/10)

Escritura De Compraventa Otorgada En Ejecución De Sentencia

Se presenta en el Registro una escritura de compraventa otorgada en cumplimiento o ejecución de sentencia judicial condenatoria, en la que comparece el Juez del Juzgado respectivo, interviniendo por rebeldía del demandado. El Registrador suspende la inscripción del documento al no acompañarse la sentencia judicial como título público que ha de ser calificado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del RH, sin que sea suficiente el testimonio en relación que realiza el Notario, al considerar que la fe pública en la esfera judicial no corresponde al Notario sino al secretario judicial.

La DG estima el recurso interpuesto contra la calificación registral, disponiendo que cuando la sentencia es de condena no dineraria -como ocurre en el presente caso en el que se impone una obligación de hacer consistente en emitir una determinada declaración de voluntad negocial- aquella sentencia no es el título directamente inscribible en el Registro, sino que lo son los actos que en su ejecución se llevan a cabo; así pues se afirma que la sentencia no es presupuesto directo de su inscripción, sino de la legitimación del Juez para proceder en ejercicio de su potestad jurisdiccional a su ejecución específica, supliendo la inactividad o resistencia del condenado.

Por todo ello entiende la DG que, si bien puede ser conveniente acompañar testimonio de la sentencia y de las principales actuaciones procesales llevadas a cabo a fin de facilitar la calificación registral, en este caso al haberse limitado la calificación a la falta de la aportación de la sentencia, debe estimarse el recurso interpuesto. □

Ana Isabel Llosa

Sentencias

por Alicia M^a de la Rúa Navarro. Registradora de la Propiedad

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009. Acción reivindicatoria: contra el Estado respecto de unas fincas situadas en unas marismas desecadas en virtud de una concesión administrativa.

Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio.

Artículos citados: 33 de la Constitución Española; 2.3 del Código Civil; Disposición Transitoria 2^a.2 de la Ley de Costas de 1988.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- En 1964 se solicita la parcelación y aprovechamiento como solares industriales de fincas situadas en una marisma en la zona marítimo-terrestre del canal X. Por OM de 18 de junio de 1964 la Administración somete a la consideración del solicitante las condiciones de la ocupación y por OM de 24 de febrero de 1965 se concede la autorización. La concesión al inicial titular de los derechos sobre la marisma contiene una reserva de titularidad a favor de la Administración concedente, fija un plazo de explotación (99 años) y señala que se hace sin cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Estado.

2º.- El concesionario solicita de la Administración que deje sin efecto el plazo de la concesión y recurre en vía administrativa y judicial. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de

1966 establece que la concesión se hace por el plazo de noventa y nueve años y no a perpetuidad, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

3º.- El 9 de septiembre de 1969 se extiende acta de reconocimiento y recepción de las obras de cierre y relleno de la marisma. Por resolución de la Dirección General de Puertos de 21 de octubre de 1970 se aprueba el acta, considerando que las obras están terminadas conforme a proyecto.

4º.- Determinadas sociedades, como sucesoras en la titularidad de los derechos otorgados en su día sobre los terrenos de la marisma, interponen acción reivindicatoria contra el Estado sobre los expresados terrenos.

5º.- El Juzgado de 1^a Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial confirma esta sentencia. Las sociedades demandantes interponen recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo rechaza los motivos de casación. En primer término, en el presente caso no se discute el respeto al derecho de propiedad reconocido en el art. 33 CE, sino, el reconocimiento o no por la ley y la jurisprudencia del derecho a adquirir la propiedad de las marismas desecadas por parte del concesionario. Por otro lado, la doctrina del enriquecimiento injusto no puede ser aplicada en el ámbito

de una relación jurídica surgida de un acto unilateral de la Administración aceptado por el administrado, como es la concesión; la jurisprudencia ha declarado que los negocios jurídicos están sujetos al régimen que preside legalmente su nacimiento y su desarrollo, y las normas sobre enriquecimiento injusto sólo son de aplicación a situaciones de desplazamiento patrimonial sin causa no reguladas específicamente por el ordenamiento jurídico. En tercer lugar, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1966 resolvió negativamente la cuestión de si la concesión otorgada por la Administración tenía carácter perpetuo e implicaba una adquisición definitiva de la propiedad de los terrenos. Y finalmente, en cuanto a la equidad, el art. 3.2 C.c. dispone que las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita; la existencia de dudas en la solución de una cuestión jurídica no implica la existencia de una laguna legal que deba resolverse mediante la aplicación de principios generales del ordenamiento si, como es el caso, las dudas pueden resolverse mediante la aplicación directa de la ley, interpretada por la jurisprudencia.

Las recurrentes alegan igualmente la vulneración de la DT 2ª.2 Ley de Costas 1988, conforme a la cual «los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuará siendo de dominio público en todo caso.»

Sin embargo, según el Tribunal Supremo, de esta DT no puede deducirse el efecto de adquisición de la propiedad del suelo que pretende la parte recurrente,

pues de ella no se infiere la desafectación de los terrenos de dominio público que pudieran haber sido objeto de concesiones de desecación de marismas, sino el mantenimiento de la situación jurídica en que se encontraran los expresados terrenos en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988. Las concesiones administrativas podían producir la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada cuando eran a perpetuidad bajo el imperio de la legislación precedente para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora. La conversión jurídica en terrenos privados sólo tenía lugar si así se deducía de las propias cláusulas de la concesión otorgada bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880, pero no en el supuesto de concesiones en que se denegó el otorgamiento a perpetuidad, como ocurre en el presente supuesto, en que se otorgó por el plazo de 99 años para el saneamiento de las marismas con el fin de establecer en los terrenos desecados una industria. Por tanto, en este caso no hubo conversión en terrenos de propiedad privada, ni adquisición de tal carácter por la terminación de las obras, y así se mantuvo tras la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988.

Por lo expuesto, se desestima el recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2009. Promesa unilateral de venta: necesidad de ejercicio por comprador en plazo.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 1124, 1256, 1451, 1500 y 1504 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 3 de marzo de 2003, D. A, actuando en su propio nombre y, además, en representación de Dª B, D. C y Dª D, firma un documento de promesa de venta en virtud del cual se compromete, por sí y por sus representados, a vender a D. E la finca registral X por precio fijado de 21.333.000 euros, haciendo entrega del referido documento a este último, el cual no aparece como firmante; en tal documento se hace constar que en el acto de la firma de la escritura pública de compraventa se abonará por el comprador la cantidad de 10.667.000 euros, y el resto en dos pagos posteriores a veinticuatro y cuarenta y ocho meses de dicha fecha, fijándose el otorgamiento de la escritura pública y entrega del pago inicial para el día 3 de abril de 2003; fecha que resulta aplazada para el día 30 de abril siguiente mediante nota manuscrita y firmada por D. A en el mismo documento.

2º.- El 30 de abril de 2003 no se otorga la referida escritura ni se satisface la parte de precio pactada, sin que D. E formule requerimiento alguno a tal efecto.

3º.- El 31 de julio de 2003 el futuro comprador D. E celebra un contrato con D. F en cuya virtud le cede todos “los derechos y obligaciones” que se derivan de la “promesa de compraventa” de 3 de marzo de 2003, cesión que es comunicada por éste a D. A por conducto notarial el 4 de agosto de 2003, requiriéndole para que en el plazo de diez días le comunique fecha y lugar para formalizar la escritura de compraventa dentro de los treinta días siguientes. D. A contesta oponiéndose a dicha pretensión por haber expirado el plazo para la formalización del contrato sin que el comprador manifestara su voluntad de efectuar la compraventa y sin entregar

cantidad alguna, poniendo de manifiesto su voluntad de resolver la promesa de compraventa.

4º.- D. F interpone demanda contra D. A, Dª B, D. C y Dª D, solicitando que se les condene a cumplir el contrato de compraventa en los términos establecidos en el documento de 3 de marzo de 2003 y, en su consecuencia, a otorgar escritura pública de compraventa.

5º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Recurrida su sentencia en apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial estima el recurso. Los demandados recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo parte del art. 1451 C.c. en cuanto dispone en su párrafo primero que «la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato», lo que comprende, por un lado, la promesa bilateral de comprar y vender, que constituye un contrato preliminar o precontrato cuya finalidad es vincular a ambas partes respecto de la celebración definitiva de un contrato de compraventa, con plena conformidad en la cosa y en el precio, perfeccionándolo en un momento posterior, de modo que los contratantes pueden reclamarse recíprocamente que dicha perfección tenga lugar si ello resultara jurídicamente posible, pues la consumación de la promesa se produce cuando se perfecciona el contrato proyectado; habiendo señalado la doctrina que, aun tratándose de una promesa bilateral, ha de considerarse que existe una promesa de compra por una parte y de venta por otra, por lo que normalmente se ejercitará una u otra promesa u opción

de compra o de venta. Pero también se comprenden en dicha norma la promesa unilateral de vender o de comprar, en cuya virtud es uno solo de los futuros contratantes el que, adelantando en firme su consentimiento para la celebración del contrato queda pendiente, en las condiciones pactadas, de que la otra parte decida sobre su definitiva perfección. Se trata en tal caso de una opción de compra concedida por el vendedor al comprador que se halla sujeta a su ejercicio en un determinado plazo.

Esta es la situación que se plantea en el presente caso, pues fue únicamente D. A quien por sí y en representación de las personas por las que actuaba, suscribió unilateralmente el documento de promesa de venta de fecha 3 de marzo de 2003, que entregó al futuro comprador D. E, sin que este último suscribiera el citado documento ni contrajera obligación firme de compra. La opción concedida caducó en la fecha fijada del 30 de abril de 2003 sin que quien podía decidir si se constituía en comprador, D. E, ejerciera el derecho concedido, por lo cual la pretensión de su ejercicio posterior por parte de su cesionario, D. F, el 4 de agosto de 2003, cuando la promesa de venta ya no estaba vigente, había de fracasar ante la negativa del concedente.

El art. 1504 C.c. resulta de aplicación a las compraventas de bienes inmuebles ya perfeccionadas, pero no a la promesa unilateral de venta o derecho de opción en que dicha perfección queda pendiente de la decisión del comprador expresada en un plazo determinado, por lo que en ésta no opera la previsión excepcional de dicha norma en el sentido de permitir al comprador pagar el precio aún después de expirado el término fijado para ello mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor.

En consecuencia, se declara haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2009. Dación en pago: diferencia con cesión de bienes para pago; no necesidad de precio cierto. Resolución de contrato por incumplimiento.

Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier.

Artículos citados: 1175 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1124, 1255 y 1445 del Código civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 15 de octubre de 2001 se celebra contrato entre D. A y la sociedad B, S.L., sociedad que el 6 de junio de 2002 hace cesión del contrato a la entidad C, S.A. En dicho contrato la cláusula octava establece que “con carácter previo a la elevación a público del Proyecto de Reparcelación y a instancias de D. A, la entidad B, S.L. le transmitirá el dominio de la parcela X en concepto de pago de los honorarios profesionales devengados por D. A por su intermediación en la compra de parcelas pertenecientes a las hijas de D. E ubicadas en la UE Y del PGOU de Z, siendo los gastos derivados de esta transmisión a cargo exclusivo de la entidad B, S.L.”.

2º.- D. A interpone demanda contra C, S.A., solicitando que se declare la validez y vigencia del contrato de 15 de octubre de 2001 y se condene a la demandada al otorgamiento de la correspondiente escritura pública. La demandada se opone, solicitando la nulidad del contrato por falta de causa, o subsidiariamente, la resolución

por incumplimiento de las obligaciones por parte del demandante.

3°.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda, siendo su sentencia confirmada por la Audiencia Provincial en apelación. La sociedad demandada recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La *questio iuris* se centra en la validez y vigencia del contrato, o bien, la nulidad del mismo o, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento.

La dación en pago, *datio in solutum*, es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada del cumplimiento y consiste en el acuerdo, como negocio jurídico bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma.

Debe distinguirse la dación en pago -*datio pro soluto*- del pago por cesión de bienes -*datio pro solvendo*-. La primera supone un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, y su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas; la segunda, *datio pro solvendo*, o adjudicación para el pago de las deudas, tiene específica regulación en el art. 1175 C.c., y se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de

sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente.

Aunque a la dación en pago se le aplican por analogía las normas de la compraventa, no significa que deban aplicarse totalmente y sin excepción ni variación. Así, si un conjunto de prestaciones cuyo pago es debido, pero no plenamente identificadas, ni valoradas, forman el contenido de una obligación, el acreedor y el deudor, mediante acuerdo entre ambos, pueden aceptar una dación en pago como cumplimiento, sin que pueda exigirse que conste un precio cierto, como exige el art. 1445 C.c. para la compraventa, pues las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad ex art. 1255 C.c., pueden acordar esta forma especial del pago.

En cuanto a la resolución del contrato por incumplimiento por una de las partes en las obligaciones sinalagmáticas, que contempla el art. 1124 C.c., ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, esto es, de incumplimiento objetivo y esencial que provoca la frustración del contrato en el sentido de la no satisfacción del interés del acreedor, es decir, no realiza la conducta en que consiste la prestación, y no basta con el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato.

En el presente caso, no hay infracción alguna cuando en la dación en pago se entregan unos bienes en pago de los honorarios que ha devengado D. A en su trabajo de intermediación en promociones de edificaciones, pese a que

ni los trabajos ni los honorarios están perfectamente determinados y valorados, siendo el acuerdo de las partes válido, por el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 C.c., no yendo contra la ley, la moral, ni el orden público.

Y la resolución del contrato, al no ser aceptada por la otra parte, ha de ser declarada judicialmente, lo que es rechazado por el Tribunal Supremo, pues no se malogró la finalidad del contrato ya que tuvo lugar el proyecto de reparcelación y su aprobación por el Ayuntamiento, lo que significa que el imputado incumplimiento del actor no afectó a la esencia del sinalagma; no habiéndose acreditado incumplimiento no procede la resolución.

Por lo expuesto, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009. Propiedad horizontal: validez o nulidad de regla estatutaria sobre agrupación y segregación de locales, apertura de huecos y colocación de letreros.

Ponente: García Varela, Román.

Artículos citados: 6.3 del Código Civil; 7.1, 12 y Disposición Adicional Única de la Ley de Propiedad Horizontal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El artículo 11 de los Estatutos de un edificio en régimen de propiedad horizontal establece que "(...) De acuerdo con lo establecido en la escritura pública de constitución de la propiedad horizontal de esta comunidad, los propietarios de los locales de uso comercial, podrán, en

aplicación del estatuto jurídico escriturado, por sí solo, en cualquier momento, presente o futuro, realizar lo siguiente: 1º.- Segregar los locales para formar fincas independientes, así como hacer agrupaciones y agregaciones entre ellos y entre los que resulten de las segregaciones, distribuyendo la cuota asignada a los mismos entre los resultantes de dichas operaciones en proporción a su superficie, sin que en ningún caso altere la estructura externa del edificio ni se disminuya la seguridad del mismo, ni se alteren por ello las cuotas de los restantes propietarios. 2º.- Abrir huecos, modificar y embellecer la fachada de la parte correspondiente a su local cuantas veces lo consideren oportuno. 3º.- Abrir huecos en la fachada a fin de dar acceso independiente a los que resultan de las operaciones anteriormente expresadas. 4º.- Establecer en la parte de fachada que les corresponda, marcos, anuncios luminosos o no, reclamos y letreros en la forma y medida que autoricen las ordenanzas municipales, en horizontal o vertical, pero cuya altura no exceda ni rebase el suelo de la primera planta alta del edificio; igualmente podrán establecer tuberías, torres de recuperación y en general todo tipo de instalaciones precisas para la calefacción, ventilación y acondicionamiento de aire de sus locales por los conductos verticales reservados al efecto, cuyos elementos y conductos podrán conservar, reparar y renovar en cuantas ocasiones consideren convenientes. 5º.- Todas las obras anteriormente citadas habrán de ser supervisadas por personal técnico, no afectarán a la seguridad del edificio y se realizarán a costa de los titulares de los locales, debiendo notificarse aquellas previamente a la Junta de la Comunidad. 6º.- Los propietarios de los locales y los futuros propietarios de los mismos, sitios

en la planta baja, podrán dedicar estos a la actividad que libremente determinen y sea aprobada por el organismo competente. Queda sin embargo prohibido desarrollar en los locales actividades no permitidas por las leyes, dañosas para la finca, peligrosas, incómodas o insalubres según se establece con carácter general en estos estatutos”.

2º.- La Comunidad de Propietarios del edificio interpone demanda contra la entidad A, S.A., solicitando que se declare la nulidad de pleno derecho del artículo 11 de los Estatutos, por ser contrario a las reglas imperativas de la Ley de Propiedad Horizontal, y se condene a la demandada a retirar el equipo de aire acondicionado colocado en la cubierta del edificio.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, declarando nula únicamente la expresión “distribuyendo la cuota asignada a los mismos entre los resultantes de dichas operaciones en proporción a su superficie” del artículo 11.1º de los Estatutos, siendo válida el resto de la norma estatutaria. La Comunidad de Propietarios demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se alega por la recurrente la Disposición Adicional Única de la LPH, en la que se establece la nulidad de las cláusulas contenidas en los Estatutos de Comunidad de Propietarios, que sean contrarias o resulten incompatibles con los preceptos de esta Ley, en relación con el art. 6.3 C.c., que dispone igualmente la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas; y el art. 7.1 LPH, que determina la posibilidad, para el propietario de un piso o local, de alterar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios privativos,

siempre y cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, y dando dar cuenta en todo caso de tales obras previamente a quien represente a la Comunidad, y, su párrafo segundo, que impide a todos los propietarios la realización de alteración alguna en el resto del edificio; por último, el art. 12 LPH, que señala que cualquier alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, esto es, a la unanimidad que prevé el art. 17.

El Tribunal Supremo lo rechaza, al considerar que el artículo 11 de los Estatutos no vulnera dichos preceptos.

Respecto al número 1º del mismo, del art. 7.1 LPH se deduce que todo el espacio que se encuentre en el interior de la superficie asignada a cada propietario se considera como privativo, con la limitación de respetar los servicios comunes del inmueble; aparte de esta salvedad, no hay inconveniente en que se derriben tabiques de separación, se efectúe una redistribución interior, se decore interiormente como mejor parezca al titular y se utilice la zona particular para instalaciones que no perjudiquen a otros; lo que refuerza el art. 3 LPH. La nulidad de la frase “distribuyendo la cuota asignada a los mismos entre los resultantes de dichas operaciones en proporción a su superficie”, obedece a que dicha facultad no compete al propietario del local que haya efectuado la segregación o agrupación, sino a la Junta de Propietarios, por imposición del art. 8.2 LPH.

En cuanto a los números 2º, 3º y 4º del artículo 11 de los Estatutos, el Tribunal Supremo entiende que, en la aplicación del art. 7 LPH, no cabe idéntica interpretación

entre locales de negocio y pisos, pues los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar

en los locales, y susceptible de notables transformaciones de destino, que exigirán alteraciones esenciales que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios o atenten contra la estética especial del edificio, y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros.

Por lo expuesto, se declara no haber lugar al recurso de casación. □

PROPIEDAD URBANA. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO ORDENACION DEL TERRITORIO Y ORDENACION URBANISTICA

Sumario:

I

Derecho De Propiedad. Texto Legislativo

II

Planeamiento Urbanístico

III

LS 2008. Ordenación Del Territorio Y Ordenación Urbanística

I. Derecho De Propiedad. Texto Legislativo

La propiedad urbana ha sufrido una evolución que queda reflejada en los textos legales; textos del Código Civil, y Reglamento Hipotecario. Posteriormente la propiedad urbana queda sujeta a los planes de urbanismo, y más tarde, la propiedad urbana sujeta a la ordenación del territorio y a la ordenación urbanística. Ésta es a nuestro juicio la evolución de la propiedad urbana que se expone en este tema.

I.-Textos Legales.

Art. 348 Código Civil. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes.

Art. 350 C.C. El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres y con sujeción a las leyes sobre minas, aguas y reglamentos de policía.

Art. 51-1. Reglamento Hipotecario. La naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana.

Art. 51.3. RH. La situación de las fincas urbanas se determinará expresando el término municipal y el término en que se hallare. El nombre de la calle o sitio. El número, si lo tuviere, y los que hayan tenido antes. El nombre del edificio, si fuera conocido por alguno

propio. Sus linderos por la izquierda entrando, derecha, y fondo. La referencia catastral en los supuestos legalmente exigible. Y cualquiera otra circunstancia que sirva para distinguir de otra, la finca descrita. Lo dispuesto en este número no se opone a que las fincas urbanas cuyos linderos no pueden determinarse en la forma expresada, se designen por los cuatro puntos cardinales.

Art. 33-1. Constitución Española. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

Art. 33.2. CE. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes.

Art. 33.3. CE. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social. Con la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Garrido Falla señala como evolución el derecho de la propiedad urbana. La doctrina J.L. Mozos dice que el acto administrativo no afecta al título originario del derecho de la propiedad, sino que sólo afecta al objeto de dicha propiedad. En sentido contrario, González Pérez dice que el propietario urbano ha sido declarado a su nueva condición de agente de la administración.

Garrido Falla también señala como fases de la evolución de la propiedad urbana la ley 29 junio de 1844, que tiende a fomentar las construcciones fuera de las ciudades. También cita la Ley 26 julio de 1892 para los ensanches de Madrid y Barcelona, pero que luego se extendería a otras ciudades. Esta ley completa con la Ley 18 de marzo de 1895, sobre saneamiento y reforma interior de las poblaciones.

II. Planeamiento Urbanístico

La ley del suelo, de 12 de mayo de 1956. Dice Tomás Ramón Fernández que se trata de una ley que no tenía un soporte doctrinal autóctono, pero que se redacta con arreglo a la experiencia y a la tradición en España. Este texto se sitúa a la vanguardia del derecho europeo en su época. A partir de este momento, el urbanismo aparece como una función pública. Esta ley introduce un nuevo estatuto jurídico sobre la propiedad del suelo, para convertir este derecho en un derecho limitado y sujeto a los planes de urbanismo.

La evolución del concepto de propiedad sigue la ley de régimen de suelo y ordenación urbana, Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.

El Art. 1 de esta Ley dice que es objeto de la presente ley, la ordenación urbanística en todo el territorio nacional. El Art. 3 dice la competencia urbanística concerniente al planeamiento comprenderá las siguientes facultades: a) redactar un plan nacional de ordenación. b) formar planes directores territoriales de coordinación. Planes generales municipales, normas complementarias y subsidiarias del planeamiento. De acuerdo con esta

ley, se conservan la vigencia de los preceptos de dicha ley que no hayan sido derogados por la LS 1992, que sobrevivieron a la STC 61/1997, de 20 marzo, y no fueron derogados por LS 1998 ni por la LS 2007.

La STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró la inconstitucionalidad y la nulidad por el decreto ley que la competencia urbanística se extendía al redactar un plan nacional de ordenación.

La LS 1976 dio lugar a los siguientes reglamentos:

- Reglamento de planeamiento. RD 2159/1978, de 23 de junio.
- Reglamento de gestión urbanística. RD 3288/1978, de 25 de agosto.
- Reglamento de disciplina urbanística. RD 2187/1978, de 23 junio.

Se consideran con vigencia los preceptos de la LS 1976 que no hayan sido derogados por la LS 1992, ni por la LS 2007; ni por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

STC 1997/de 20 de marzo. Esta sentencia deroga la competencia para ordenar un plan urbanístico de ordenación nacional. El hecho que el Estado tenga competencia exclusiva en materia de derecho de propiedad, no lo autoriza a ordenar un plan de urbanismo de carácter nacional. No sirve para esto el título de competencia exclusiva del Art. 149-1 de la CE.

Las Comunidades Autónomas tienen competencia en los planes de ordenación. Art. 148-3 CE. “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias. Ordenación del territorio, urbanismo, y vivienda”.

El Reglamento de Planificación Urbanística señala las siguientes clases de planes: -Planes Directores de Ordenación. -Planes municipales. -Planes Parciales. -Estudios de Detalle. -Proyectos de Urbanización. -Programas de Actuación Urbanística. -Planes Especiales. -Catálogos.

Planes Generales. Constituyen la base esencial de la ordenación urbanística. El Plan General supone clasificación del suelo, los programas para el desarrollo y ejecución del propio Plan General.

Plan Parcial. Determinan el desarrollo del suelo urbanizable; estos planes requieren la existencia de un Plan General, y completan la regulación de todo lo relativo al suelo urbanizable.

Plan Especial. El PE es una forma específica del Plan General, en situaciones concretas. El PE supone entre otras cosas la protección del paisaje, las vías de comunicación, conservación del suelo rural en determinados lugares, reforma interior y saneamiento de poblaciones. El PE no puede sustituir al Plan General.

Instrumentos complementarios. Se pueden considerar los Estudios de Detalle, que tienen por objeto completar y adaptar todo lo relativo a alineación, rasantes y ordenación de volúmenes que estén establecidos en el Planeamiento General.

Proyectos de Urbanización. El objeto es concretar de una manera técnica las situaciones operativas de los Planes a efectos de su ejecución. Los PU cumplen con las obras y como tales son actos de aplicación de los Planes.

Naturaleza jurídica del Plan de Urbanismo. La cuestión de este tema era la de considerar si el acto urbanístico es un Acto Administrativo o un Reglamento Jurídico.

Para Gonzáles Berenguer, el PU es un Acto Administrativo de naturaleza no normativa. García de Enterría considera el PU como un Reglamento y que tiene carácter normativo.

Las STS han considerado los planes como Normas Jurídicas, así la STS 18 de mayo de 1968 y posteriormente STS 17 de Octubre de 1988, y también la STS 20 de abril de 1990, que considera el PU como una Norma Reglamentaria.

El PU de las Comunidades Autónomas Art. 148 –1-3 CE hay que ponerlo en relación con el Art. 149-1 CE, donde se dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: -Art. 149-1-1. Igualdad de los españoles. –Art. 1-8. Competencias sobre legislación civil. –Art. 1-13. Planificación general de la actividad económica. –Art. 1-18. Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. –Art. 1.23. Legislación básica de medioambiente. Como consecuencia de estas bases jurídicas se publica RD Legislativo 2/2008, 20 de junio. Por el que se aprueba el texto refundido de la LS 2008.

III. LS 2008. Ordenación Del Territorio Y Ordenación Urbanística

Hemos examinado el paso del concepto de propiedad privada Art. 348 CC, a la propiedad privada sujeta a los Planes de Urbanismo, y posteriormente examinamos la propiedad privada en la ordenación del territorio y ordenación urbanística sobre la base de la LS 2008.

La ordenación urbanística y la ordenación del territorio, Art. 3 LS 2008, son funciones públicas que definen el uso del suelo y del territorio, de acuerdo con el interés general, determinando los derechos y deberes de propiedad del suelo conforme al destino de éste.

Art. 7-1 LS 2008, el régimen urbanístico es estatutario en los términos dispuestos sobre la ordenación territorial y urbanística.

Art. 7-2 LS 2008, la previsión de edificación por la ordenación territorial y urbanística no la integra en el contenido del derecho de la propiedad del suelo. La edificabilidad está condicionada en todo caso a los términos dispuestos sobre ordenación territorial y urbanística.

Art. 8-1 LS 2008, el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo, conforme al estado y clasificación que en cada momento tenga de acuerdo con la legislación aplicable. Comprende así mismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas conforme a lo establecido en el Art. 17 LS 2008.

Art. 8-2 LS 2008, dice que las facultades del apartado anterior alcanzarán al suelo y subsuelo, de acuerdo con los instrumentos de ordenación y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público. □

Bibliografía

- GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. 2006
- PÉREZ PÉREZ, EMILIO, Régimen estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria. I y II. 2009
- ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, J.BERNAT, Derecho hipotecario. III. 2009
- RODRÍGUEZ OTERO. Elementos de derecho hipotecario. I. 2006
- BERMEJO VERA. Derecho administrativo. Parte especial. Part IV Urbanismo. 2009
- LACRUZ VERDEJO. Elementos de Derecho Civil. III-I. 2008
- SÁNCHEZ CALERO. Curso de derecho civil. 2008
- ROGEL VIDE. Derecho de cosas 2008

ALGUNAS NOVEDADES EN LA REGULACION DE LAS ACTAS EN LA MODIFICACION DEL REGLAMENTO NOTARIAL POR REAL DECRETO 45/2007 de 19 de Enero

- ¿Protocolo notarial electrónico?
- ¿Archivo notarial de depósitos electrónicos?
- ¿Libro indicador electrónico?

SUMARIO

I. Prólogo Para Registradores

II. Nota Bibliográfica, Acotación Del Tema Y Algunas Novedades Generales En Materia De Actas Por El Rd 45/2007 De 19 De Enero

III. Actas En El Interior Y En El Exterior De Establecimientos Y De “Incidencias En Actos Públicos”

IV. Las Cartas, Los Ecorreos, La Imagen Y La Voz De Terceras Personas Como Objeto Del Acta Y Su Posible Incidencia Sobre El Derecho Al Secreto De Las Comunicaciones, La Intimidad Y La Propia Imagen

V. La “Materia Electrónica” –No La Página Web- Puede Dar Lugar A Tres Tipos De Actas:

- 1) Acta De “Cosa” Que Contiene Un Archivo Informático
- 2) Acta De “Cosa” Contenida En Un Archivo Informático Y De Archivo Informático En Sí Como “Cosa”
- 3) Acta De “Correo Electrónico” (Ecorreo)

VI. En El Acta Del Libro De La Edificacion La Dgrn Se Equivoca Y Nos Equivoca A Todos: No Puede Ser De Depósito Sino De Protocolización

VII. “El Protocolo Notarial Electrónico”, “El Archivo Notarial De Depósitos Electrónicos” Y “El Libro Indicador Electronico”: Sus Dificultades Técnicas

I. Prólogo Para Registradores

Parodiando una conocida obra de nuestro mejor filósofo me atrevo a redactar este prólogo para indicar que este artículo se publicó en los números 4 y 5 de 2010 del BIN (Boletín de Información Notarial de Andalucía de formato digital).

En él se tratan temas específicamente notariales con lo que la pregunta sería... ¿puede tener algún interés para los Registradores? En un principio parecería que no tiene gran interés registral, pero con una reflexión más pausada creo que puede serles útil, no tanto por los

escasos méritos del autor, sino por la información que suministra que en algunos aspectos es novedosa y en otros sin precedentes en la legislación española.

Considero que carece de precedentes que ahora el Rgto Notarial desarrolle la equiparación del soporte electrónico con el tradicional de papel realizada en el Art 17.bis de la Ley Notarial introducido por la Ley 24/2001 de 27 de Diciembre y admita un Protocolo definitivo, un Archivo transitorio de documentos y un Libro Indicador que se lleven exclusivamente por medios electrónicos. Antes o después empezarán a llegar a los Registros documentos notariales en los que habrá una parte en soporte papel y otra parte en otro tipo de soporte que contenga información digital, de hecho en Andalucía ya se camina en este sentido con el Acta del Libro del Edificio que hay que depositar en el Registro de la Propiedad.

También se pueden detectar otros cambios más sutiles como era la resistencia de un compañero Registrador a aceptar determinada instancia con firma legitimada como medio de complementar un aspecto menor y muy concreto de una escritura. Finalmente aceptó la instancia en cuanto le hice saber que ahora el “Libro Indicador” en el que se dejaba constancia de los “testimonios” de legitimación de firmas, ya no se lleva con una simple nota resumen, sino guardando una “reproducción auténtica” de nuestra intervención, de manera que llegado el caso se podría recuperar el documento completo con la legitimación.

Estos son los escasos valores para la profesión registral que contienen estas líneas y que finalmente podrían servir como medio de ir conociendo novedades notariales que acabarán por afectarnos a todos.

II. Nota Bibliográfica, Acotación Del Tema Y Algunas Novedades Generales En Materia De Actas Por El Rd 45/2007 De 19 De Enero

Las citas que se hacen en las líneas que siguen se refieren a las siguientes obras: dos artículos de antes de la reforma, “Cuestiones de técnica notarial en materia de Actas” de Antonio Rodríguez Adrados en el Tomo IV de su obra “Escritos Jurídicos” editada por Consejo General del Notariado. También nos basamos en “Actas Notariales y derechos fundamentales” de F.J. Rivero Sánchez-Covisa de editorial Bosch.

Ya tras la reforma, nos basamos en los comentarios a los Arts 198 a 220 RN de Carlos Solís Villa y Francisco Javier Morillo en la obra colectiva “Nueva Legislación Notarial Comentada” editada por Colegio Notarial de Madrid; así como en “La reforma del Reglamento Notarial en materia de Actas” de Valerio Pérez de Madrid Carreras en “Revista Jurídica del Notariado” nº 64 de Octubre–Diciembre de 2007. También hemos tenido en cuenta el nº 13 de la Revista El Notario del Siglo XXI que edita el Colegio Notarial de Madrid en la que se resume las conferencias de varios Notarios sobre la reforma del RN.

Rodríguez Adrados critica la denominación de “Actas de Presencia” con el argumento irrefutable de que todas las Actas requieren la “presencia” del Notario. Y por eso prefiere hablar de un primer grupo de “Actas de mera percepción” donde se sentaría la doctrina general de todas las Actas, y a las que se refiere el Art 1 RN:

“En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos”.

El resto de las Actas integrarían una categoría de “Actas especiales”: De Percepción y Control (Sorteo, Publicidad, Determinación de saldo, de Juntas y de Subastas); de Hechos

Propios del Notario (Notificación y Requerimiento, Ofrecimiento de cosas, Remisión por correo, Protocolización y Depósito); de Calificaciones jurídicas (Notoriedad y Subsanción) y de Manifestaciones.

Pues bien, básicamente aceptamos el planteamiento de Rodríguez Adrados pero, con todo, vamos a tratar aquí algún Acta “especial” por la novedad en su regulación como las Actas en establecimientos y reuniones, y las relativas a archivos informáticos, que al ser una absoluta novedad, también las tratamos aquí conjuntamente, aunque pueden comprender varios tipos de Actas: las de mera percepción, las de notificación, requerimiento y remisión por correo (notificaciones por correo electrónico con firma digital notarial), las de protocolización y depósito de archivos.

Forzando el planteamiento que acabamos de explicar nos referiremos también a las Actas de Depósito del Libro de la Edificación que no proceden de la reforma reglamentaria sino que han sido introducidas por la Resolución-Circular de la DGRN de 26/7/07. Ciertamente que en este tipo de Acta es frecuente que el Libro se deposite en formato electrónico, pero su mayor problema no es ese formato que comparte con otras posibles Escrituras y Actas, sino su conceptualización por la DGRN como tales Actas de Depósito cuando deberían de ser de Protocolización como tendremos ocasión de explicar.

Dado lo limitado del propósito anunciado en el título, sólo nos vamos a referir en este apartado a las más interesantes de las novedades introducidas en la reforma, y siguiendo a Pérez de Madrid hay que destacar el control de licitud que evidentemente subsiste por muy maltrecho que haya quedado tras la STS de 20 Mayo 2008 que anula diferentes preceptos del RN.

Este control de legalidad está establecido en el Art 1 de la Ley Notarial: “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”.

Más terminante si cabe se muestra el Art 17 bis. 2. a) LN (introducido por la “postconstitucional” ley 24/2001 de 17 de Diciembre):

“Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

Luego el reformado Art 145 párrafo 3º RN estableció también con carácter general que :

“Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1.º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal...” .

Pues bien, aunque la STS 20/5/08 ha anulado el párrafo anterior el control de legalidad por parte del Notario subsiste, no sólo por imponerlo la lógica, sino por derivarse de otros muchos preceptos como los Arts 1 y 17 bis LN que acabamos de ver y el 216 in fine RN que luego veremos.

La DGRN siempre ha recalcado el límite de que la actuación notarial no puede constatar delitos (Res 17/9/92 en un caso de contrabando de tabaco), pero además Rodríguez Adrados aclara que, en principio, la actuación Notarial siempre es “extrajudicial” y que si bien puede ser compatible con la actuación de la Guardia Civil para la comprobación de

algún hecho puntual, una vez que se tenga constancia de que la investigación está bajo dirección judicial debemos de suspender nuestra actuación y remitir copia de lo actuado al juzgado... al menos en la investigación penal.

Por otro lado este control de legalidad se formula rápidamente, pero se cumple con enorme dificultad en algunos casos en que la falta de educación o de respeto no se distingue tan fácilmente de las injurias, calumnias o las coacciones. No se pueden dar reglas generales y -lamentablemente- cada Notario deberá examinar caso a caso con extraordinaria prudencia.

Otra novedad destacada por Pérez de Madrid es el respeto a los derechos fundamentales, y por eso –y respecto de las Actas de presencia que aquí tratamos- el Art 198. 7º RN prohíbe las Actas por sorpresa, la grabación de conversaciones telefónicas y el hacer preguntas verbales; lo dice así:

“Las manifestaciones verbales recibidas por el notario durante la realización de un Acta sólo podrán ser recogidas en ésta previa advertencia por el Notario al autor de la existencia y finalidad del Acta, del carácter potestativo de la manifestación y de la posibilidad de diferirla a la comparecencia en la notaría en los dos días hábiles siguientes a la entrega de la cédula o copia del Acta que las insta. El requerimiento para levantar el Acta no podrá referirse en ningún caso a conversaciones telefónicas, ni comprender la realización de preguntas por parte del notario”.

De todas maneras luego haremos unas matizaciones en cuanto a las conversaciones telefónicas que se están produciendo respecto de las ya producidas y grabadas. También consignamos que Pérez de Madrid ve posible la grabación de una conversación por medio de Webcam que permita identificar a las partes y advertirles de la condición de Notario y que su manifestación es potestativa; también aclara (junto con Solís/Morillo) que las preguntas prohibidas son las “verbales” no las que presente el Notario por escrito con plazo de contestación.

Una última novedad a incluir en este apartado es que la firma del requirente ex Art 198. 8º no es imprescindible, no sólo en los casos de que “no pudiese o no supiere” firmar, si no también en “los supuestos de urgencia libremente apreciados por el notario”.

En estos casos el Acta - en opinión de Pérez de Madrid y Solís/Morillo- será válida y eficaz aunque luego el requirente no firme el Acta redactada por el Notario.

III. Actas En El Interior Y En El Exterior De Establecimientos Y De “Actos Públicos”

Con carácter de absoluta novedad establece ahora el Art 198.7º in fine RN:

“Cuando el Acta deba ser realizada en el interior de un establecimiento el notario deberá advertir a la persona responsable, o que juzgue más idónea, de su condición y del objeto del Acta y no consignará hecho alguno sino los que compruebe una vez autorizada su actuación. Si le fuere negada se limitará a hacerlo constar así”.

Ya antes de la reforma Rodríguez Adrados trataba con extensión toda esta materia adelantando conclusiones que básicamente hoy ha ratificado el nuevo RN, distinguiendo diferentes actuaciones notariales:

En el interior de un domicilio o local (aunque ponga pase sin llamar) no se puede actuar sin consentimiento del dueño o de (como dice el nuevo RN) “la persona responsable,

o que juzgue más idónea” que es un concepto más amplio (encargados, “factores notorios” del establecimiento etc) y que una elemental prudencia exige identificar (parece que sería suficiente el consentimiento de un solo cónyuge). Respecto del local o piso arrendado no se puede acceder bajo el pretexto de que el arrendatario lo ha abandonado, y si el dueño insiste en que el arrendatario ha devuelto la posesión voluntariamente, otra elemental prudencia exigiría que el requirente justifique con prueba documental suficiente la propiedad del inmueble más su declaración específica -bajo advertencia notarial de las consecuencias- de que no existe nadie más con derecho a poseer. En las habitaciones de hoteles se podría hacer inventario bajo el expediente de que el hotelero no ha perdido nunca la posesión y tiene derecho de retención. El porteador puede por sí sólo registrar los bultos transportados ante Notario (Art 357.2 CCom). Cajas de seguridad, baúles y objetos cerrados en Bancos, Almacenes Generales, Guardamuebles etc, ex Art 310 CCom se rigen en primer lugar por sus Estatutos y contratos que normalmente prevén forzar la apertura de lo depositado ante Notario.

Desde el exterior de los establecimientos no se precisa autorización de nadie para la descripción de rótulos o escaparates que se aprecian desde la calle o lugares públicos a simple vista como tablones de anuncios de la Administración. Aquí se incluiría la posibilidad de subir a una altura determinada de un piso para observar alguna pared exterior de alguna casa, pero nunca el penetrar con la vista en un domicilio privado sin consentimiento del dueño.

Los locales privados pero abiertos al público son los que más dificultades plantean. Rodríguez Adrados admite que sin autorización el Notario pueda constatar aquellos objetos que se ofrezcan a la disponibilidad general y que se limite a la mera percepción (el Notario no puede comprar el objeto, pero puede constatar como el requirente lo compra). Pérez de Madrid cita la Res 22/6/92 que trataba de la taquilla de un cine.

Respecto de las incidencias que puedan ocurrir en “actos públicos”, el nuevo RN contiene una significativa novedad ya que ahora ya no se refiere sólo a los presididos por “autoridad” como hacía la anterior redacción, con lo que se amplía la actuación notarial a cualquier tipo de reunión aunque sea de una entidad privada (comunidad de vecinos, cooperativa etc).

En efecto, dice el Art 198.9º RN:

“Los notarios se abstendrán de dar fe de incidencias ocurridas en actos públicos sin ponerlo en conocimiento de la persona que los presida, pero ésta no podrá oponerse a que aquellos, después de cumplido este requisito, ejerzan las funciones propias de su ministerio; si ésta se opusiere, se limitará a hacerlo constar así”.

Nótese que a diferencia de las Actas a que se refieren la LSA (Art 114) y LSL (Art 55) -que son auténticas “Actas de Junta” que sustituyen a la del Secretario- las que regula este Art 198.9º RN son Actas de sólo “incidencias” que en ningún caso sustituiría a la que levante el Secretario (salvo, claro es, que la entidad misma lo solicitara expresamente así).

Por lo demás, coincidimos con Pérez de Madrid (en contra Solís/Morillo) que si hay oposición a la actuación notarial por parte del presidente, habría que cerrar el Acta haciéndolo constar así.

IV. Las Cartas, Los Ecorreos, La Imagen Y La Voz De Terceras Personas Como Objeto Del Acta Y Su Posible Incidencia Sobre El Derecho Al Secreto De Las Comunicaciones, La Intimidad Y La Propia Imagen

Antes de tratar los aspectos específicamente notariales de la cuestión, hemos de remitir para una cabal comprensión de esta materia, al más moderno y completo estudio que conocemos de los llamados “derechos de la personalidad” realizado por el Catedrático de Valencia Francisco de Paula Blasco Gascó en su libro “Personalidad y Patrimonialidad de la Imagen” de editorial Bosch. En su libro, Blascó Gascó, estudia minuciosamente la cuestionable existencia de la pretendida categoría de los “derechos de la personalidad” cuya utilidad radica en permitir dar un tratamiento coherente a sus aspectos civiles (su defensa e indemnización) de lo que no sería sino la traducción a efectos internos de los “Derechos Humanos” protegidos por Tratados Internacionales y que en nuestro país están incorporados a nuestra Constitución como “Derechos Fundamentales”. El lector interesado encontrará allí no sólo los aspectos teóricos de la materia, sino además, un sólido basamento en la Jurisprudencia tanto española como extranjera.

Hecha esta aclaración diremos que textos, imágenes y voces se nos pueden presentar a los Notarios en distintos soportes (papel, teléfonos móviles, ordenadores, CD, DVD, unidades externas de disco duro, tarjetas de memoria, cintas de vídeo o magnetofónicas etc). Además, unas veces el interés del requirente -y otras el mismo soporte en el que está grabado el mensaje- puede dar lugar a diferentes tipos de Actas: de presencia, de protocolización, de depósito... Pero sin perjuicio de que tratemos estas cuestiones en los apartados siguientes, lo cierto es que con independencia del soporte y del tipo de Acta, existen unos problemas comunes a todos estos supuestos en el mismo momento en que la actividad notarial pueda afectar a personas distintas del requirente y que no están presentes para consentir (obviamente con su consentimiento ya no habría problema alguno).

Ya hemos visto que el nuevo RN (especialmente después de la reforma) exige un escrupuloso respeto a la esfera privada de las personas que se puedan ver afectadas por la actividad notarial: se prohíben las Actas por sorpresa y no se puede actuar en domicilios, locales o reuniones sin los correspondientes permisos; hay que “sugerir” que es mejor no contestar al requerimiento sobre la marcha y acudir a la Notaría en los dos días hábiles siguientes; no se pueden levantar Actas de conversaciones telefónicas ni “asaltar” con preguntas verbales a un requerido...

Ahora bien, una cosa es que el Notario participe de manera directa y sin consentimiento de todos los afectados, en la obtención de una carta privada, de un correo electrónico (ecorreos), o en la grabación de mensajes de teléfono, voces o imágenes y otra bien distinta es que el destinatario de la carta, del ecorreo o del SMS “ya recibido” (o el interesado en determinadas imágenes o voces “ya grabadas”) requiera nuestra intervención para un Acta de constatación de esos hechos, su protocolización o su depósito.

Rivero lo explica con cita de RODRIGUEZ LAINZ que a su vez cita las sentencias del Tribunal Constitucional 70/2002 de 4 de Abril y 123/2002 de 20 de Mayo que dicen “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos...”.

Explica Rivero que para no infringir “el secreto de las comunicaciones” protegido por el Art 18.3 CE debe de ser uno de los intervinientes el que autorice la reproducción de los mensajes, es decir, que deberá de demostrar el requirente que es el destinatario de la carta manuscrita o del correo, o el titular del terminal de teléfono y del número (nótese que pueden existir varios terminales de un mismo número).

Una vez acreditado que el Acta no infringe el secreto de las comunicaciones, y también respecto de voces o imágenes “ya grabadas” de terceras personas sin su consentimiento, habría que decir que no siempre suponen una infracción al derecho a la intimidad y a la propia imagen protegido por el Art 18.1 CE, pues hay muchos casos en los que el requirente puede tener auténtico interés legítimo en conservar cartas, mensajes, imágenes y voces para presentarlos oportunamente en un proceso sobre propiedad, matrimonio, filiación o herencia.

En este sentido Pérez de Madrid recuerda que el TS ha admitido como correcta el Acta notarial en la que se recogen manifestaciones relativas a la vida familiar del interesado en un proceso de ruptura matrimonial.

Por su parte estudia Rivero un caso grave con tintes de tragedia griega. Se trata de la STS Sal 1ª de 27/4/2000, en la que en su FD 1º dice que el manifestar ante Notario hechos graves de terceras personas que no comparecen no supone infracción del Art 7.7 de la LO de Protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen de 5/5/82.

Transcribo la cita de esta STS:

“... En este sentido la Sentencia de esta Sala de 30 Dic 1991 dice que sin divulgación no hay imputabilidad, ya que la esencia de la infracción (contra el honor) es precisamente esa divulgación. Pues bien, en la presente contienda judicial, se parte de la siguiente situación de hecho... que SFI ahora recurrido manifestó ante Notario, que lo hizo constar en Acta, que ‘en la villa de C es comentado el hecho de que VSS, padre de las ahora recurrentes, practica incesto con alguna de sus hijas’ y que SAEVS -también recurrida- aportó al Juzgado para que surtiere efectos de un proceso de separación la referida Acta notarial, como prueba. Y es aquí cuando debe entrar en juego lo que se afirma en la sentencia de esta Sala de 30 de oct 1991 cuando en ella se dice, ‘que el hecho atentatorio merecedor de protección, por constituir la verdadera intromisión ilegítima, es precisamente la divulgación de la expresión o del hecho, y no la imputación privada que pueda hacerse sobre la misma materia’. Y en el presente caso, no puede haber duda que la afirmación -practicar el incesto- es... un ataque al honor de la persona afectada, pero no puede decirse que dicho ataque sea divulgado, y ello por las siguientes razones: a) La basada en el Reglamento Notarial que determina que sólo tienen derecho a examinar los instrumentos notariales las partes interesadas con derechos adquiridos y sus herederos o causahabientes, y que sólo pueden tener copias las personas que acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento... b) lo dispuesto en la disposición adicional octava... de la Ley 30/1981 de 7 jul, que determina el procedimiento a seguir en causas de nulidad separación y divorcio... Ambos datos, se vuelve a repetir, indican per se la falta de posibilidad de divulgación, ya que el hecho se ha de desenvolver tanto en el área notarial como en la judicial, dentro de unos parámetros absolutamente restrictivos... sobre todo... cuando todo iba dirigido a obtener la tutela judicial efectiva en un concreto proceso de separación matrimonial”.

Así pues, explica Rivero, que en estos casos el problema no está en la actuación notarial, sino en el “mal uso” que el requirente pueda hacer del Acta, de manera que el simple

hecho de la autorización del Acta no supone ninguna divulgación, ya que está protegido el contenido del Acta desde un punto de vista subjetivo, por el secreto profesional del Notario autorizante y desde un punto de vista objetivo, por el secreto del protocolo.

En definitiva, este tipo de Actas siempre son posibles con un riguroso control de licitud, una cumplida prueba del interés legítimo (y de otros posibles extremos como ser destinatario de la carta o titular del teléfono) y una expresa advertencia de las posibles responsabilidades si se infringiera el derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad o a la propia imagen.

V. La “Materia Electrónica” –No La Página Web- Puede Dar Lugar A Tres Tipos De Actas

- 1) Acta De “Cosa” Que Contiene Un Archivo Informático
- 2) Acta De “Cosa” Contenida En Un Archivo Informático Y De Archivo Informático En Sí Como “Cosa”
- 3) Acta De “Correo Electrónico” (Ecorreo)

El intentar comprender y explicar lo que es un “archivo informático” es tarea compleja. La materia es tan... resbaladiza, y se puede observar desde tan distintos planos, que esperamos que no nos ocurra como al protagonista de “Novela de ajedrez” de Stefan Zweig que intentando ejercitarse mentalmente con partidas sin tablero, acabó desconectándose de la realidad.

Y si a pesar de las dificultades insistimos en ello es por que, por un lado, lo consideramos trascendental para explicar que puede dar lugar a tres tipos de Actas bien distintas, y por otro lado, nos anima la falta de precisión que se ve en el mismo RN y en lo escrito por otros autores.

En efecto, es de notar que el RN (Arts 40, 198.2, 200.4º y 216) habla sin mucho rigor de soporte informático, ficheros, archivo informático, archivo electrónico, soportes, soporte digital, documento electrónico, programa informático... Por otro lado, el maestro Rodríguez Adrados en su libro –por lo demás, de imprescindible lectura- “Firma electrónica y documento electrónico” editado por Colegios Notariales de España, explica el documento electrónico acudiendo a la “doctrina de la transmigración de las almas”, lo que da una idea de las dificultades ante las que nos enfrentamos. En cualquier caso, nosotros no explicaremos el archivo informático diciendo que es “uno y trino”, pues siendo el mismo puede originar tres tipos de Actas distintas. Sinceramente pensamos que los símiles religiosos oscurecen más que iluminan en materia de por sí tan compleja.

Y lo primero sería excluir del especial régimen al que –como veremos- queda sometido el archivo electrónico a las páginas web. Pensamos que si el acceso a la página es público la situación sería equiparable a la constatación de lo que el Notario ve desde la calle. Sólo se necesita que lo requiera alguien con interés legítimo y el Notario con la ayuda de sus ordenadores -que actuarían como unas “gafas”- puede describir lo que ve desde un sitio público. Nótese que frente al concepto más restringido del “archivo” como algo no público que es detentado por una determinada persona, la página web puede ser vista y atestiguada por muy diferentes personas e, incluso, puede que haya sido objeto de más Actas notariales en otros puntos de España, con lo que no parecen que le sean aplicables las prevenciones que en orden a su tratamiento y conservación establece el RN para los archivos.

El problema del archivo es que es (mejor: puede ser) a la vez soporte de información e información en sí, continente y contenido, principal y accesorio. Unas veces lo más importante es la información que contiene (textos, imágenes, sonidos), otras no contiene información externa y lo más importante sería su aspecto de “sistema”, de “soporte” que en un momento dado pueda almacenar, tratar o transmitir una determinada información con determinadas ventajas en cuanto a capacidad, rapidez complejidad etc.

Por otro lado, al archivo informático le pasa como a la electricidad: no tiene en sí una existencia material y para almacenarse, transportarse y mostrarse necesita el auxilio de otros elementos materiales como CD, DVD, Disco duro, tarjeta de memoria, ordenador, teléfono móvil... A todo esto hay que añadir, que prácticamente todo lo apreciable por los sentidos se puede digitalizar e incorporar a un archivo electrónico, como el idioma Brailey o los olores y sabores que se puedan traducir a espectrogramas y como tales imágenes ser “capturadas” en un archivo de manera que en su día se puedan reproducir.

De estas especiales características es de las que surge su distinta conceptualización que a su vez influye de manera decisiva en el tipo de Acta a que puede dar lugar y que exponemos a continuación.

1) Acta De “Cosa” Que Contiene Un Archivo Informático

En esta materia “el hábito sí hace al monje”, es decir, la forma del objeto -el continente- determina decisivamente la actividad notarial, ya que originariamente el Protocolo notarial es (mejor: era) un sistema de almacenamiento en papel, de manera que todo aquello que no tenga ese soporte –que no sea papel- no puede incorporarse al protocolo y sólo podrá ser objeto de un depósito “extraprotocolar” (no obstante, luego veremos que el nuevo RN ha establecido un “Protocolo Notarial Electrónico” donde “protocolizar definitivamente” un archivo, también ha establecido un “Archivo Notarial de Depósitos Electrónicos” donde “depositar transitoriamente” estos archivos). También veremos que se ha admitido el “Libro Indicador Electrónico” donde almacenar en soporte electrónico las copias de los testimonios.

Ahora bien, si el interés legítimo del requirente –por la razón que sea- es que custodiemos un determinado CD, DVD, teléfono móvil, ordenador o similar, al ser “cosa” que no es ni “cosa-papel” ni “cosa-electrónica” (aunque la contenga), no se podría incorporar ni al protocolo ordinario ni al electrónico y sólo podría ser objeto de un Acta de depósito ordinario “extraprotocolar” como el resto de cosas materiales: una llave, una carta, una cantidad de dinero etc.

Desde este punto de vista el Acta de depósito de una “cosa” que contenga un archivo queda sometida al régimen general que establece el Art 216 RN:

1) Voluntariedad: “La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario” (no obstante hay depósitos “necesarios” como el del “Libro de la Edificación” que se ha inventado la DGRN).

2) Condicionalidad que el Notario puede imponer: “quien podrá imponer condiciones al depositante, salvo que el depósito notarial se halle establecido en alguna ley, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga”.

3) Transitoriedad en la custodia: “Para la devolución del depósito el solicitante tendrá que acreditar al notario el derecho que le asiste”.

4) Legalidad controlada por el Notario: “Si el objeto depositado fuera un programa informático cuyo contenido no pueda ser razonablemente conocido por el notario, éste sólo admitirá el depósito si el requirente depositante manifiesta que el contenido de aquel programa no es contrario a la ley o al orden público”.

Respecto del control de legalidad ya hemos dicho que viene impuesto con carácter general para Escrituras y Actas en el Art 17 bis LN e impediría que el Notario acepte en depósito sobres cerrados de los que ignore su contenido, pero resulta que los archivos informáticos son tan especiales que ha sido necesario introducir esta norma específica del último párrafo del Art 216 RN para cubrir todas las posibilidades, pero nótese “sensu contrario” que el Notario tiene que ejercitar el control de legalidad y sólo cuando no pueda conocer el contenido es cuando se admite la manifestación del requirente. Por cierto, que esta norma la entendemos aplicable por analogía, no sólo a todas las Actas de “depósito”, si no a cualquier otra que suponga la “protocolización” del archivo.

En efecto, es posible que, aparte de su propio lenguaje electrónico, el archivo no contenga información exterior (textos, voces, imágenes...) o que conteniéndola se trate de un lenguaje especial que no se puede leer con los medios ordinarios de nuestros ordenadores, o que leyéndose sean un conjunto de signos incomprensibles para la cultura media electrónica del notariado español. Pues bien, en todos estos casos, ante la disyuntiva de que toda esa información quede apartada de la actividad notarial, el actual RN considera bastante el que, sin más pruebas, se admita la declaración del requirente de que el archivo no infringe la ley. El tiempo dirá si es un avance o un retroceso... Pero no obstante recalamos el calificativo “razonablemente” que utiliza el 216 y que, a nuestro juicio, podría fundamentar el que el Notario rechazara Actas que se refieran a archivos “encriptados” sin una explicación “razonable”.

2) Acta De “Cosa” Contendida En Un Archivo Informático Y De Archivo Informático En Sí Como “Cosa”.

En este tipo de Actas lo importante no es el “soporte material del archivo” (CD, DVD, teléfono móvil, ordenador...) sino el archivo informático, bien en su consideración, a su vez, de soporte que almacena determinada información exterior (textos, voces, imágenes), o bien simplemente en su consideración de “sistema informático” como cosa de gran valor en sí misma dadas sus concretas características de rapidez, complejidad o capacidad con las que en su momento almacenará, transmitirá o procesará la futura información.

Pues bien, ya hemos indicado que originalmente el Protocolo notarial estaba compuesto “sólo” por papel, y que discos, vídeos, cintas magnetofónicas, CD, DVD y demás “cosas” (llaves, dinero, ladrillos) que no estaban recogidas en papel sólo podían relacionarse con la actividad notarial mediante la figura del depósito extraprotocolar, voluntario y transitorio.

También hemos indicado la novedad que ha supuesto el actual RN al admitir que pueda haber junto al “Protocolo papel”, el “Protocolo electrónico” y junto a los “Archivos ordinarios” los “Archivos de depósitos electrónicos” y el “Libro Indicador Electrónico”. Desde este punto de vista se ha producido una equiparación entre “soporte/papel” y “soporte/electrónico” (véase Art 17 Bis LN), con sus naturales diferencias, pues aparte de la cantidad de información que se puede recoger en uno y otro, en aquél sólo caben textos e imágenes estáticas (fotos), mientras que en éste se pueden almacenar además, voces e imágenes en movimiento.

Dada esta equiparación entre soportes, es evidente que el archivo informático ha de tener el mismo tratamiento que el papel, y por tanto podrá ser protocolizado, depositado o testimoniado (fuera de algunos requisitos individuales dada su especial naturaleza) en los mismos términos.

El actual RN opta sin lugar a dudas por abrir la puerta a estos nuevos soportes y por esto, con absoluta novedad, admite su protocolización definitiva en Art 198.2 RN:

“Cuando un notario sea requerido para dejar constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático, no será necesaria la transcripción del contenido de éste en soporte papel, bastando con que en el Acta se indique el nombre del archivo y la identificación del mismo con arreglo a las normas técnicas dictadas por el Ministerio de Justicia. Las copias que se expidan del Acta deberán reproducir únicamente la parte escrita de la matriz, adjuntándose una copia en soporte informático no alterable según los medios tecnológicos adecuados del archivo relacionado...”.

En un sentido análogo el actual RN regula específicamente el depósito transitorio de estos nuevos soportes en el Art 216 párrafo 3º RN:

“El depósito notarial de documentos que estén extendidos en soporte informático se regirá además por las siguientes normas: 1.º El soporte digital que contenga un documento electrónico se entregará en depósito al notario, por el plazo y condiciones que convenga éste con el requirente o requirentes; en el Acta de depósito, o en el documento en que deba quedar unido, bastará con hacer referencia al depósito con reseña de las características del documento electrónico y de su soporte, tales como su fecha, formato y su extensión, si las tiene, la unidad de medida, en su caso, así como las demás características técnicas que permitan identificarlos...”.

Las aplicaciones de este nuevo tipo de Actas son enormes y vendrían a solucionar casos que de otra manera serían prácticamente irresolubles.

Un ejemplo de aplicación de un Acta de protocolización de archivo serían las Actas relativas a los Programas de Actuación Integrada de la antigua LRAU y la actual LUV de la legislación valenciana. Si pensamos en una actuación urbanística grande (hay algunas que se proyectan sobre 18 millones de m²) sería prácticamente imposible (y a un coste inasumible) protocolizar seguramente cientos de tomos y planos, mientras que sí que se podrían guardar en el “Protocolo Electrónico”.

Y lo mismo podríamos decir del Acta de Depósito del Libro de la Edificación relativa a un gran centro comercial cuyo manejo en papel podría llegar a ser casi imposible.

Nótese como el RN habla de “archivo/soporte informático” y “soporte digital”, y en ningún momento se refiere a la “cosa material” que lo contenga (CD, DVD etc). Más adelante veremos una aplicación de esta configuración reglamentaria al Acta del Libro de la Edificación.

Y nótese también que la denominación de “Protocolo Electrónico” la tomamos de Solís/Morillo y de Pérez de Madrid, ya que el RN en ningún momento lo llama así, lo que no augura nada bueno. En efecto, la denominación y consideración de ese archivo informático como auténtico “Protocolo” es algo que el RN debería de haber precisado con toda pulcritud, porque sus consecuencias son trascendentales. Si nos encontramos ante “Protocolo”, su propiedad es del Estado, el Notario sólo lo custodia, no se puede extraer de la oficina notarial ni por decreto judicial etc etc etc...

Diga lo que diga el RN estamos ante un auténtico Protocolo pues:

El Notario le tiene que dar un nombre que lo diferencie de los demás y lo tiene que identificar “se indique el nombre del archivo y la identificación del mismo”.

Lo tiene que conservar permanentemente para que pueda hacer copias “copia en soporte informático”.

De igual manera habremos de diferenciar el “El Archivo Notarial de Depósitos Electrónicos” del resto de los archivos electrónicos que tenga cada Notario. Distinguiéndolo de:

Los archivos particulares de cada Notario. Aun con cada vez más condicionantes y requisitos técnico/electrónicos impuestos por la ley, la DGRN, el Consejo General y los Colegios Notariales, los Notarios organizamos autónomamente nuestra oficina y los programas, archivos y casas informáticas los contratamos directamente nosotros. Pues bien, nuestros archivos particulares tienen que quedar perfectamente separados de estos otros por la sencilla razón de que “no son nuestros” pues sólo los custodiamos para en su momento devolvérselos al requirente.

Los archivos oficiales de cada Notario. Como decimos cada vez son más los archivos informáticos que estamos obligados a llevar imperativamente, que al estar impuestos en interés corporativo, y no particular de cada Notario, se han de entregar al sucesor. Ésta es la diferencia esencial con lo depositado por un requirente que lo es en su exclusivo interés y que se lo puede llevar en cuanto lo solicite. A estos archivos oficiales se refiere el Art 40 RN “El notario deberá entregar a su sucesor en el protocolo, el Libro Indicador y los soportes informáticos en los que se encuentren los ficheros de titularidad pública a que se refiere la Orden JUS/484/2003, de 19 de febrero y los que, con idéntico carácter sustituyan o se añadan a éstos. En el informe a que se refiere el párrafo primero deberá hacerse constar el cumplimiento de esta obligación, incluyendo la relación de los ficheros informáticos recibidos”.

El Protocolo electrónico. Hay que separar completamente los documentos “protocolizados” en el Protocolo Electrónico de los “depositados” en este Archivo, por la sencilla razón de que los primeros están incorporados con carácter definitivo mientras que los segundos lo están con carácter transitorio. Por esta razón “organizativamente” no pueden mezclarse unos archivos con otros y habrán de estar completamente separados pues su destino y su régimen jurídico son completamente distintos.

El Libro Indicador electrónico. También hay que diferenciar el Protocolo y el Archivo electrónico del Libro Indicador electrónico que como veremos está destinado a conservar copias de los documentos testimoniados o el traslado a papel de las copias electrónicas recibidas.

3) Acta De “Correo Electrónico” (Ecorreo)

Que los ecorreos no son exactamente archivos electrónicos se deduce del hecho de que el RN los regula en apartado distinto, pero, en cualquier caso, admite que puedan ser objeto de Acta en el Art 200. 4º:

“Conforme a lo establecido en el artículo 114.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, los notarios deberán dejar constancia en Acta, a solicitud de los interesados, tanto de las comunicaciones electrónicas recibidas de éstos como de las que, a requerimiento de los mismos, envíen los Notarios a terceros...”.

La misma ubicación del Art 200 dentro de la “Subsección 1ª Actas de presencia” revela bien a las claras que el RN considera que estos ecorreos sólo pueden ser protocolizados en el “Protocolo Electrónico” y no depositados en el “Archivo de Depósitos Electrónicos”.

Pérez de Madrid apunta que este tipo de Actas puede ser especialmente útil en materia de convocatoria de Juntas de Sociedades. Y Solís/Morillo aclaran que este tipo de Actas no se pueden utilizar para la formalización de negocios jurídicos a distancia (Art 111 Ley 24/2001), ya que la “forma adecuada” que exige el Art 145.3.6º obligaría a rechazar el requerimiento.

VI. En El Acta Del Libro De La Edificacion La Dgrn Se Equivoca Y Nos Equivoca A Todos: No Puede Ser De Deposito Sino De Protocolización

La Asociación de Promotores y Constructores de España planteó a la DGRN una serie de consultas sobre los requisitos para autorizar e inscribir las Escrituras de Obra Nueva, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley del Suelo de 28/5/07.

En contestación a la consulta, se elabora la Resolución-Circular de la DGRN de 26/7/07 (RC/07) que dice apoyarse en la LS de 28/5/07, la Ley de Ordenación de la Edificación de 5/11/99 y las Normas Complementarias al RH de 4/7/97. Esta RC/07 resuelve algunos problemas, crea otros y se inventa una hasta entonces desconocida Acta de Depósito del Libro de la Edificación.

Como la idea en sí de que se pueda constatar de manera indubitada la existencia del Libro de la Edificación mediante intervención notarial nos parece acertada, sería... cómo decir... ¿cruel?... eso, cruel, que nos extendiéramos sobre consideraciones como que las normas en las que se apoya la RC/07 en nada mencionan ese requisito del Acta o que la DGRN no tiene facultades normativas...

En lo que ya no podemos estar de acuerdo es en la “elección” del instrumento seleccionado para la constatación de la existencia del Libro, pues como vamos a ver el Acta de Depósito no sirve para los fines pretendidos. Veamos:

Dice la RC/07, 7º:

“... el promotor deberá depositar ante cualquier notario un ejemplar del Libro del Edificio, acompañado de la certificación del arquitecto director de la obra, acreditativo de que éste es el Libro correspondiente a la misma y que le ha sido entregado tal libro al promotor. Dicho depósito deberá ser objeto de la correspondiente Acta de depósito (artículo 216 y ss. del Reglamento Notarial).

Por su parte se lee en RC/07, 8º:

“El Notario deberá hacer constar en la correspondiente Escritura, la existencia del Libro del Edificio y su disponibilidad para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios del edificio...”.

Lo primero que habría que decir es que la DGRN incurre en nuestra humilde opinión en unas incorrecciones gramaticales que todos deberíamos aplicarnos en subsanar. En efecto, pensamos que el “Notario” como funcionario y profesional, gramaticalmente (también históricamente se lo ha ganado a pulso) se ha “sustantivizado” y se debería de escribir siempre con mayúsculas para diferenciarlo de otras posibles acepciones de la palabra, como cuando se dice de un periodista que es “notario de la actualidad”. Por la misma razón “Escritura”

se debería de escribir con mayúscula si está autorizada por “Notario” para diferenciarla de la “escritura” que otras personas utilizan en otros aspectos de la vida social. Igualmente el “Acta” autorizada por “Notario” se debería de escribir en mayúsculas para diferenciarla del “acta” que eventualmente se pueda formalizar, por ejemplo, en una Asociación de Jubilados por más que ésta sea dignísima en su actividad.

Y aclarado lo anterior, vemos en una primera lectura de la RC/07 que se pueden distinguir tres tipos de elementos:

Elementos personales, intervienen tres: Promotor, Notario y Usuario del Edificio.

Elementos reales, serían dos, el “Libro de la Edificación” y la “Certificación del Arquitecto”.

Elementos formales, tiene que producirse una entrega al Notario del Libro y la Certificación (luego se verá si transitoria o definitiva) y autorizarse por éste un Acta (luego se verá de qué tipo).

En cuanto a los elementos personales tendríamos que esta actuación alrededor del Libro y la Certificación es para que cada uno de los intervinientes pueda dar cumplida satisfacción a sus intereses: el Promotor, que así puede justificar que ha cumplido sus obligaciones de obtener el Libro y ponerlo a disposición de quien tenga derecho a ello; el Usuario, que como interesado podrá solicitar del Notario la expedición de una copia del Libro si no la ha podido obtener por otros medios, o comprobar que la que tiene es la misma que la custodiada notarialmente; y el Notario que así siempre podrá justificar que cuando en las correspondientes escrituras de venta hacía constar que el Libro existía y que se ofrecía a los usuarios, todo eso era verdad.

Por otro lado, los elementos reales consisten en una Certificación expedida por el arquitecto (entendemos que con firma legitimada por ser complemento del final de Obra) que acredite que el Libro entregado al Promotor -y que éste entrega al Notario- es realmente el Libro de “ese” edificio y no de otro.

Respecto de los elementos formales, si la RC/07 hubiera dicho simplemente que el promotor deberá de “entregar” al Notario el Libro y la Certificación y que éste deberá autorizar la correspondiente “Acta”, no se plantearía ningún problema. Desgraciadamente, la DGRN habla de “depositar” y de “depósito” y no de simple “entrega”. Ciertamente que en el Diccionario de la Real Academia el verbo depositar tiene como una de sus posibles acepciones “Colocar algo en sitio determinado y por tiempo indefinido”, pero sería impensable que la DGRN no utilice esos términos en el sentido técnico al que se refiere el Art 1.758 Cc como situación transitoria que fatalmente está llamada a terminar en cuanto lo solicite el depositante.

Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.

Y para despejar cualquier tipo de dudas la RC/07 expresamente aclara que se está refiriendo al “Acta de depósito (artículo 216 y ss. del Reglamento Notarial)”.

Las características de estas Actas de Depósito es que civilmente coinciden con el Cc en que el objeto depositado queda bajo custodia notarial de manera transitoria y por eso en los Arts 216 y 217 RN se habla de “plazo” y “devolución”. Pero notarialmente hay una característica que hay que resaltar a los efectos que estamos tratando aquí y que consiste en que por definición el objeto depositado no forma parte del Protocolo, necesariamente es “extraprotocolar”.

El que el objeto depositado no se protocolice, unas veces obedece a sus características físicas que por sí mismas impiden que se pueda incorporar al Protocolo papel (o electrónico), como sería el caso de todo lo que no se pueda coser en el libro del protocolo (o guardar en la memoria de un ordenador): unas llaves, una televisión, un pico, unos ladrillos... Pero otras veces, aun tratándose de documentos en papel (o en soporte electrónico) que teóricamente se podrían protocolizar, resulta que el interés del requirente es precisamente el que “no” queden incorporados al protocolo (papel/electrónico) para que los pueda retirar en el momento en que lo pida, pues su interés es obtener una custodia notarial meramente “transitoria”.

Y este es el verdadero problema del Acta de Depósito que propone la DGRN en la RC/07: hay una incongruencia total entre fines y medios, puesto que los fines que se pretenden cubrir son fines permanentes, mientras que los medios que se aprestan para ello son medios transitorios; los problemas que crea esta incongruencia son irresolubles.

Veamos:

Mientras está vigente el depósito del Libro, si un interesado pidiera una copia en la Notaría resultaría que no se le podría dar ya que las copias son sólo de documentos protocolizados. De un documento extraprotocolar lo único que se podría hacer es un “testimonio”. Y con este punto de partida los problemas no hacen nada más que multiplicarse, puesto que lo que ya no está tan claro es si la Certificación del Arquitecto también se deposita o se protocoliza; no se sabe si hay que entregar testimonio del Libro y de la Certificación o sólo del Libro; y lo que no se acaba de entender muy bien para qué tanta Acta si al final se acaba funcionando con testimonios... ¿o se hace copia del Acta con la Certificación y se acompaña de un testimonio del libro? ¿o se hace testimonio de la Certificación y del Libro y entonces sobra el Acta?.

Al terminar el depósito los problemas siguen multiplicándose... El Depósito puede terminar por transcurso del plazo impuesto por el Notario o porque pida la devolución el depositante en cualquier momento.

Respecto del plazo del depósito es frecuente que el Notario imponga un plazo de 10 años que coincidiría con el Seguro Decenal por Daños Estructurales de la LOE, pero parece que ese plazo no cubre todas las necesidades, puesto que los vicios de construcción sí que se tienen que acreditar en los 10 años siguientes a la terminación del Edificio, pero -en la opinión más común- la acción para exigir la responsabilidad correspondiente tiene el plazo de prescripción ordinario de 15 años, a todo lo anterior habría que añadir los posibles retrasos en la tramitación del pleito, con lo que estaríamos hablando de plazos de... ¿10, 20, 30 años...? Y la pregunta sería... ¿tiene sentido un depósito de 40 años? ¿es mínimamente comprensible que durante esos dilatados plazos estén sueltos por la Notaría Libros y, acaso, Certificaciones que no forman parte del Protocolo?.

Más. Siendo el Depósito un encargo personal a un Notario determinado que puede imponer unas condiciones que no sean del agrado de otros de sus compañeros, habría que prever qué es lo que ocurriría en los casos de sustitución o de sucesión si la Notaría queda vacante... ¿se extingue el Depósito? ¿se transmite al sustituto o sucesor? ¿en todo caso o sólo si se acepta voluntariamente?.

Y más. Desgraciadamente los turbulentos tiempos que vivimos nos enseñan que todo esto no son disquisiciones teóricas sino problemas reales, puesto que las excusas –con mejor o peor fundamento- que los compradores oponen a los promotores para no pagar el precio de unos inmuebles desvalorizados están a la orden del día. Una de las más frecuentes

es la inexistencia del Libro de la Edificación. Y claro, si el Depósito se ha extinguido y en la Notaría ya no queda ninguna prueba documental de su existencia, al final va a resultar que el Acta no le sirve a nadie, puesto que si un Usuario quisiera comprobar su existencia no podría hacerlo; tampoco el Promotor podría probar que cumplió sus obligaciones puesto que ni siquiera con una copia del Colegio de Arquitectos del susodicho Libro serviría para acreditar que “ese” fue el Libro depositado y no otro; y por supuesto que el Notario quedaría a los pies de los caballos puesto que frente a alguna reclamación en su contra lo más que podría probar sería que una vez tuvo en sus manos lo que calificó como un Libro de la Edificación pero todo lo demás quedaría en el aire... ¿con qué cara responderemos al Juez que nos pida una copia del Libro una vez extinguido su Depósito que no guardamos ningún rastro del mismo? ¿cómo le responderemos a ese Juez cuando nos diga que, entonces, para qué sirve el Acta?.

En nuestra opinión la única solución coherente para evitar los problemas señalados es explicar a los clientes la situación y autorizar un Acta en la que se protocolice (en papel o en formato electrónico) la Certificación con el Libro, para que, todos y frente a todos, y sin depender de la frágil memoria de los hombres, puedan acreditar (hoy y dentro de 40 años) qué es lo que realmente se hizo. Ésta es la esencia de la actividad notarial: evitar los problemas antes de que surjan.

Pero antes de terminar este apartado (y aplicando lo dicho sobre los distintos tipos de Actas electrónicas) nos vamos a referir al supuesto muy frecuente de que el Libro se nos entregue en un CD. Y lo primero sería recordar la regulación básica que sobre estas Actas de Depósito hace el Art 216 RN:

“Los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que se les confíen, bien como prenda de contratos, bien para su custodia.

La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante, salvo que el depósito notarial se halle establecido en alguna ley, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga.

El depósito notarial de documentos que estén extendidos en soporte informático se regirá además por las siguientes normas:

1.º El soporte digital que contenga un documento electrónico se entregará en depósito al notario, por el plazo y condiciones que convenga éste con el requirente o requirentes; en el acta de depósito, o en el documento en que deba quedar unido, bastará con hacer referencia al depósito con reseña de las características del documento electrónico y de su soporte, tales como su fecha, formato y su extensión, si las tiene, la unidad de medida, en su caso, así como las demás características técnicas que permitan identificarlos”.

Vemos pues que el RN distingue entre el depósito de “cosas” en el primer párrafo, del depósito de “documentos que estén extendidos en soporte informático” del tercer párrafo”.

Pues bien, pensamos que el CD que contiene el Libro es el mismo caso que cuando se nos pide que aceptemos la custodia de unas monedas de oro de extraordinario valor, en lo que lo importante no sería si las monedas se nos entregan en un sobre de papel, en una bolsa de plástico o de cuero; lo importante en este caso no sería el continente sino el contenido, lo importante no sería el sobre, la bolsa o el CD, sino las monedas y el Libro de la Edificación.

Es más, es que el CD podría faltar y la situación sería la misma, pues no es impensable que el Arquitecto nos envíe el Libro en un correo y que luego comparezca en nuestra oficina y se ratifique en que el Libro que puede leer en nuestros ordenadores es el que corresponde al del Edificio en cuestión.

En definitiva, pensamos que el objeto del depósito no es el CD sino el Libro extendido en soporte electrónico y que por tanto no tenemos que custodiar el CD (que incluso puede faltar) sino el documento electrónico, tal y como ordena el Art 216.p3º RN. Así pues, si se acepta la regulación que sobre la materia hace la RC/07 el Libro debería quedar incorporado con carácter transitorio a nuestro “Archivo Notarial de Documentos Electrónicos”; y si se acepta nuestra tesis de que lo mejor es hacer un Acta de Protocolización, el Libro debería de quedar incorporado de manera definitiva a nuestro “Protocolo Electrónico”.

VII. “El Protocolo Notarial Electrónico”, “El Archivo Notarial De Depósitos Electrónicos” Y “El Libro Indicador Electronico”: Sus Dificultades Técnicas

Venimos explicando que el nuevo RN ha creado el “Protocolo Notarial Electrónico” (en el que se protocolizarían los archivos informáticos y, obligatoriamente, los ecorreos) y el “Archivo Notarial de Depósitos Electrónicos” (en el que, según los intereses legítimos del requirente, se guardarían transitoriamente sus archivos informáticos).

El problema de estas novedades es que están pendientes de desarrollo normativo en aspectos esenciales tanto respecto de sus requisitos técnicos como de su capacidad y conservación. Ello no es obstáculo para que haya autores como José Andujar Hurtado (Tomo I de “Escritos Jurídicos en memoria de Francisco Carpio Mateos” editado por la Academia Granadina del Notariado) que propugnen la implantación de la “Notaría Digital” e incluso, del “Protocolo Único Electrónico” en el que se conservarían todos los protocolos de todas las Notarías de España. Por muy llamativo que parezca, vamos a ver que el Reglamento Notarial camina en esta dirección...

En efecto, respecto del “Protocolo/papel” una regulación que ya comprende los siglos XIX, XX y XXI detalla los requisitos para encuadernar, conservar y, en determinadas circunstancias, trasladar a otro archivo más general los libros del Protocolo, pero esto falta respecto de los archivos electrónicos y lo que sería discutible es que las 3.000 Notarías de España empezaran a protocolizar y archivar documentos electrónicos con los requisitos técnicos que cada una por su cuenta considerara más conveniente.

Por otro lado la capacidad de almacenamiento de los equipos informáticos de una Notaría podría llegar a colapsarse bien porque puede haber archivos de enorme contenido, bien por la simple acumulación de ellos transcurrido un plazo, con lo que es necesario el prever para los archivos electrónicos algo parecido al Archivo General de Protocolos.

El nuevo RN regula esta materia en varios pasajes. Respecto de las Actas de Protocolización de archivos informáticos dice el Art 198. 2 RN:

“... La Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con el artículo 113.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, determinará los soportes en que deba realizarse el almacenamiento, y la periodicidad con la que su contenido debe ser trasladado a un soporte nuevo, tecnológicamente adecuado, que garantice en todo momento su conservación y lectura”.

Respecto de las Actas de Protocolización de ecorreos establece el Art 200.4º RN “La Dirección General de los Registros y del Notariado queda habilitada para regular mediante Instrucción la forma en que el notario debe almacenar en su archivo electrónico el

contenido de las Actas a que se refiere este párrafo, determinando los soportes en que debe realizarse el almacenamiento y la periodicidad con que su contenido debe ser trasladado a un soporte nuevo, tecnológicamente adecuado, que garantice en todo momento su conservación y lectura”.

Para las Actas de Depósito de archivos dice el Art 216 párrafos 3-2º y 4 “2.º La Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en el artículo 113.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, podrá acordar, cuando innovaciones técnicas lo hagan aconsejable, el traslado sistemático del contenido de documentos informáticos depositados a un nuevo soporte, más adecuado para su conservación, lectura o reproducción, dictando las normas que garanticen la fiabilidad de las copias. En todo caso, deberá citarse a los interesados, quienes podrán oponerse retirando el documento.

También podrá realizarse, con la misma finalidad, el traslado a un nuevo soporte a instancia de la persona que depositó el documento o sus causahabientes. El traslado del contenido del documento deberá hacerse por medios técnicos adecuados que aseguren la fiabilidad de la copia”.

Igualmente para las comunicaciones o notificaciones oficiales electrónicas recibidas o efectuadas por los Notarios (de/a Notarios, Registradores, Jueces, Administraciones...) establece Art 253 p. 2º RN:

“La Dirección General de los Registros y del Notariado determinará los soportes en que deba realizarse el almacenamiento y la periodicidad con la que su contenido deba ser trasladado a un soporte nuevo, tecnológicamente adecuado, que garantice en todo momento su conservación y lectura”.

En definitiva toda esta materia queda pendiente de desarrollo normativo en cuanto al almacenamiento y hasta que éste se produzca... ¿qué hacer?.

Una primera postura es rechazar la autorización de este tipo de Actas en tanto no se dicten las normas de desarrollo correspondientes regulatorias de su almacenamiento. Esta es la conclusión a la que llegan Solís/Morillo y la Revista del Colegio de Madrid El Notario del siglo XXI en la que en la página 160 se lee: “... las Actas que recaen sobre archivos informáticos se encuentran actualmente pendientes de una regulación administrativa sobre denominación y conservación de los archivos, que las haga efectivamente practicables”.

De todas maneras, pensamos que los ciudadanos no deberían verse afectados por unas cuestiones técnicas y que es de mejor fundamento el autorizar estas Actas guardando estos archivos en nuestros ordenadores a reserva de que en su día se trasladen al soporte que regule la DGRN.

Por último nos gustaría hacer unas cuantas reflexiones sobre otra novedad reglamentaria relativa al “Testimonio electrónico” y el “Libro Indicador electrónico”.

El legislador notarial, sin arredrarse ante las dificultades, acomete su reforma regulando también la tercera pata de la actividad notarial (los testimonios y el Libro Indicador donde se guardan) de manera mucho más atrevida que con Escrituras y Actas, pues como vamos a ver, en este aspecto, sí que se puede decir que podemos ser “Notarios completamente electrónicos” estando cada vez más cerca la “Notaría Digital” de José Andujar Hurtado.

En efecto, respecto de Escrituras y Actas –de momento- sólo podemos ser “Notarios parcialmente electrónicos”, pues hoy por hoy no se puede dar una Escritura o Acta completamente electrónica. En las líneas anteriores hemos visto que el documento base (Escritura/Acta) se realiza y se firma en soporte papel y queda en el Protocolo Ordinario y como

mucho ese documento básico puede llevar aneja otra parte en soporte electrónico que estará protocolizada de manera definitiva en el Protocolo Electrónico o guardada transitoriamente en el Archivo Notarial de Documentos Electrónicos. De la misma manera se pueden autorizar copias electrónicas (Art 17 Bis, 2 a) LN), pero siempre de una Escritura/Acta en papel. Ciertamente que la legislación notarial ha admitido el documento notarial completamente electrónico en el Artículo 17 bis LN.

“1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo”.

Pero fuera de este reconocimiento inicial de la posibilidad de una Escritura/Acta completamente electrónica y con firmas electrónicas tanto del Notario como de los intervinientes, nos encontramos con que todo ello está pendiente de desarrollo reglamentario, pero con el agravante de que ese futuro desarrollo no es sólo de los aspectos de almacenamiento o conservación (que con más o menos imaginación se pueden salvar por el Notario que esté dispuesto a ello), sino de los “requisitos indispensables para la autorización o intervención”, con lo que esta falta de desarrollo es insalvable pues no parece posible autorizar puros documentos electrónicos sin saber si se ajustarán en un futuro (cuando ya no haya remedio) a las exigencias que puedan establecerse por el Ministerio de Justicia.

Pero si no puede haber (de momento al menos) Escrituras/Actas completamente electrónicas, pensamos que sí pueden existir “testimonios completamente electrónicos” tanto si son de exhibición como si son de legitimación de firmas, porque esta materia ya está desarrollada en el Reglamento Notarial.

En efecto, respecto de los testimonios por exhibición lo primero que hay que observar es que el Reglamento Notarial no excluye que se pueda hacer un testimonio electrónico de un documento electrónico pues no exige que el documento testimoniado necesariamente esté en soporte papel; dice el Art 251 RN:

“Mediante los testimonios por exhibición los notarios efectúan la reproducción auténtica de los documentos originales que les son exhibidos a tal fin o dan fe de la coincidencia de los soportes gráficos que les son entregados con la realidad que observen”.

El testimonio por exhibición no implica el juicio del notario sobre la autenticidad o autoría del documento testimoniado. Si el original testimoniado fuese a su vez copia de otro documento, el testimonio tampoco implicará la concordancia entre ambos, salvo que el notario la haga constar expresamente.

También podrán ser utilizados estos testimonios para dar fe de la presencia de una persona ante el notario”.

Nótese que esta regulación viene a solucionar otro de los problemas con que nos encontramos al ir a testimoniar un documento electrónico, cual es que es imposible distinguir entre un documento electrónico “original” y otro que sea “copia del original”. Afortunadamente este Art 251 RN admite que se puedan testimoniar documentos no originales siempre que se exprese y se advierta así.

En la misma línea el Art 253 RN no excluye que se puedan testimoniar “electrónicamente” notificaciones oficiales que reciba o practique el Notario en soporte electrónico. Ciertamente se refiere a testimonios en papel, pero no se nos alcanza la razón por la que no cabría hacerlos en otro soporte precisamente cuando el documento base ya es electrónico. Lo dice así el Art 253 p.1º RN:

“Los notarios podrán testimoniar en soporte papel, bajo su fe, las comunicaciones o notificaciones electrónicas recibidas o efectuadas conforme a la legislación notarial, debiendo almacenar en soporte informático adecuado las procedentes de otros notarios, registradores de la propiedad y mercantiles y otros órganos de la Administración estatal, autonómica, local y judicial”.

En los testimonios de legitimación de firmas no ofrece dudas el que se pueda legitimar las firmas electrónicas en documentos extendidos en formato electrónico mediante la firma electrónica avanzada notarial. Así lo admite el Art 261 RN:

“1.El notario podrá legitimar las firmas electrónicas reconocidas puestas en los documentos en formato electrónico comprendidos en el ámbito del artículo 258. Esta legitimación notarial tendrá el mismo valor que la que efectúe el Notario respecto de documentos en soporte papel. La legitimación notarial de firma electrónica queda sujeta a las siguientes reglas:

1.ª El notario identificará al signatario y comprobará la vigencia del certificado reconocido en que se base la firma electrónica generada por un dispositivo seguro de creación de firma.

2.ª El notario presenciará la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento.

3.ª La legitimación se hará constar mediante diligencia en formato electrónico, extendido por el notario con firma electrónica reconocida.

2. La legitimación a que se refiere el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de aquellos otros procedimientos de legitimación, distintos del notarial, previstos en la legislación vigente”.

En cualquier caso, sea cual sea el soporte electrónico o no del testimonio, lo que sí que se puede afirmar es que el Libro Indicador se termina llevando en soporte electrónico y no en papel, conforme al Art 264 RN:

“Los notarios llevarán un libro indicador para cada año natural, integrado por dos secciones, en la primera página de cada una de las cuales pondrán nota de apertura y en la final otra de cierre, ambas autorizadas con firma entera.

La sección primera de este libro se llevará mediante asientos numerados con carácter consecutivo para cada anualidad...

En dicha sección se anotarán:

- a) La fecha de traslado a papel de las copias electrónicas...
- b) Los testimonios en soporte papel de las comunicaciones o notificaciones electrónicas recibidas o efectuadas por los notarios...
- c) Las legitimaciones de firmas electrónicas reconocidas en los documentos en formato electrónico, previstas en el artículo 261 de este reglamento...

La sección segunda de este libro se llevará mediante la incorporación de hojas numeradas en las que se reproduzcan los documentos testimoniados que constituyen su ámbito. Esta sección comprenderá los testimonios por exhibición, de vigencia de leyes, de legitimación de firmas, las certificaciones de saldo y de asiento que se realicen en soporte papel...

Transcurrido un año desde el cierre anual de cada una de las secciones el Notario podrá reproducirlas en un archivo informático que garantice su conservación y reproducción, procediendo en tal caso a la destrucción del soporte papel correspondiente”.

Lo que no se entiende muy bien es por qué la sección primera se tiene que llevar por asientos y no mediante conservación de una copia como ocurre con la sección segunda que es un sistema mucho más claro, limpio y sencillo, aunque si se llevara por fotocopias pensamos que también se cumple –con creces- la exigencia reglamentaria.

Y lo que tampoco se nos alcanza a comprender es la razón por la que hayan de pasar dos años desde que se abren cada una de las secciones hasta que se pueden digitalizar y conservar los testimonios en archivo informático, pues parece que el legislador notarial sigue siendo tributario de antiguas concepciones, y una vez establecida la posibilidad del Libro Indicador Electrónico es como si tuviera “pánico escénico” a suprimir el soporte papel impidiendo que se lleve desde el primer momento de manera digitalizada.

El caso es que en una Notaría media no es extraño que el servidor informático funcione con 2 discos duros que se van replicando continuamente de manera que siempre haya uno que, en caso de accidente, guarde la información. Tampoco es extraño que en habitación distinta a la que contiene el servidor se instale otro aparato que continuamente está haciendo 5 copias de toda la información de los ordenadores, de manera que la más reciente expulsa a la más antigua y así sucesivamente sin interrupción. Tampoco es desconocido que a todo lo anterior se añada el que trimestralmente se haga una copia de todos los archivos de la Notaría en un disco duro externo y se guarde en la caja fuerte... ¿pero de verdad se puede pensar que guardar una fotocopia es más seguro que el descrito sistema de copias electrónicas incesantes?

Por último, no parece muy congruente que para cumplir la exigencia reglamentaria un testimonio de legitimación de firmas electrónicas, realizadas sobre un documento electrónico con la firma electrónica avanzada notarial, se tenga que trasladar a papel (falsamente pues todo él es electrónico) para que transcurridos 2 años destruir ese papel y todo vuelva a quedar como ya estaba inicialmente... ¿pero qué problema hay para llevar el Libro Indicador por medios electrónicos desde un principio?. □

Derecho Valenciano

por **Vicente Domínguez Calatayud**. Registrador de la Propiedad

Coordinador de la Comisión de Codificación Civil Valenciana
Coordinador del Observatorio de Derecho Civil Valenciano

DERECHO VALENCIANO

Con la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, se ha producido la recuperación de la competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho Foral, por lo que aunque la competencia sigue siendo discutida, se ha cumplido, y ya iba siendo hora, con una deuda histórica que se tenía con esta tierra, desde la supresión de su Derecho Foral por los Decretos de Nueva Planta, el cual no se volvió a recuperar, a diferencia de lo que ha ocurrido con otros territorios que si lo recuperaron, tras la guerra que dio lugar a los decretos citados.

Como consecuencia de ello, se ha dictado la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano y se ha ultimado, por la Conselleria de Gobernación de la Generalitat Valenciana, con el empeño personal de su Conseller, el Honorable Serafín Castellano Gómez, el Proyecto de Ley de Sucesiones de la Comunidad Valenciana que va a comenzar en breve su tramitación parlamentaria.

El pasado 25 de Mayo, el Excelentísimo Ayuntamiento de la Ciudad de Alzira, organizó una Jornada, dirigida a todos los operadores jurídicos de la Ribera, con el objeto de diseccionar los aspectos esenciales del Proyecto de Ley, en el que participaron como ponentes el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia y miembro de la Comisión de Codificación del Derecho Civil Valenciano, Mario Clemente Meoro, nuestro compañero Vicente Domínguez Calatayud, como Coordinador de la Comisión citada, el acto fue inaugurado por el primer Teniente de Alcalde de Alzira, José Luís Palacios Tórtola, y fue clausurado por la Directora General de Coordinación del Desarrollo Estatutario y Promoción del Autogobierno Carolina Moliner Salvador, interviniendo como moderador nuestro compañero Pedro Fandos Pons.

A continuación, por su interés para el conocimiento del Proyecto de Ley, y por gentileza del Excelentísimo Ayuntamiento de Alzira, representado por su Ilustrísima Alcaldesa Elena Bastidas Bono, nuestro Compañero Vicente Domínguez Calatayud expone el contenido de las intervenciones de los ponentes, con lo que inauguramos una nueva sección de la revista, que esperamos que os sirva para un mejor conocimiento y aplicación de nuestro derecho más cercano.

UNA APROXIMACIÓN A LA LEY VALENCIANA DE SUCESIONES

I.- Alcance y modo de ejercicio de la competencia legislativa de la Generalitat sobre el derecho foral civil valenciano, una reflexión sobre el trabajo del profesor Vicente Montés en la obra colectiva “Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”

Dice la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LVS que “Esta Ley se promulga al amparo de la competencia exclusiva asumida por la Generalitat sobre la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral en el artículo 49. 1. 2ª del Estatut que se ejercita, conforme a lo que prevén la Disposición Transitoria Tercera y el artículo 7. 1 del mismo, para la tutela de la foralidad civil “a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia” con el doble objetivo perseguido por el legislador de la reforma estatutaria de permitir “a nuestro autogobierno gozar de un techo competencial lo más alto posible”, y el “reconocimiento de la Comunidad Valenciana, como Nacionalidad Histórica por sus raíces históricas, por su personalidad diferenciada, por su lengua y cultura y por su Derecho Civil Foral”, como resulta de los párrafos séptimo y undécimo del Preámbulo del Estatut.”.

La Ley de Sucesiones de la Comunidad Valenciana, en adelante LVS, se elabora al amparo de la competencia transferida a la Generalidad Valenciana por la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto de transferencias a la Generalidad Valenciana de competencias de titularidad estatal, que dota de pleno sentido y significado dentro del bloque de constitucionalidad, al artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio.

La competencia legislativa en Dret Civil Foral Valencià se ostentó por la Generalitat, no ya con carácter transferido sino con carácter estatutario por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1994, de 24 de marzo, que introdujo la Disposición Adicional 3.ª del Estatuto de 1982 en la que se decía que “Todas las competencias atribuidas por el presente Estatuto quedan incorporadas a él plenamente, asumiéndose, con carácter estatutario, por la Generalidad Valenciana” y por la Ley Orgánica 12/1994, de 24 de marzo, consecuencia de la anterior, por la que derogó la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal.

El 29 de septiembre de 1992 el TC, tuvo ocasión, en su sentencia 121 de aquel año, de perfilar el alcance de la competencia legislativa de la Generalitat respecto al Dret Civil Foral Valencià. En efecto, el Alto Tribunal partió del carácter transferido de la competencia y fijó, como causa, fundamento o razón de ser de la misma la tutela de la foralidad civil valenciana, subsistente, según el razonamiento del Tribunal, en las costumbres forales las cuales no sólo determinaban el régimen jurídico de la norma que, en ejercicio de la competencia, las elevaba a rango de Ley, sino también el mismo ámbito social de su aplicación.

La dudosa existencia de costumbres forales, los problemas estructurales de la sentencia y la rigidez de la doctrina del TC, puestos de relieve por la doctrina, condujeron, en la práctica, al vaciado, a la anulación de la competencia transferida y asumida estatutariamente en virtud de cuatro Leyes Orgánicas, dos de ellas con rango de Estatuto de Autonomía.

Tras los Decretos de 29 de junio y 29 de julio de 1707, que derogaron el Derecho foral civil valenciano tanto escrito, como consuetudinario, los valencianos pasamos a regirnos por el Derecho civil castellano escrito y consuetudinario y, tras la codificación, por el Código civil de 1889 con las consecuencias, de todos conocidas en cuanto a las costumbres, que derivaron del artículo 1976 Cc. Si aquéllos decretos abolieron las costumbres forales, el Código civil derogó las costumbres que los valencianos habíamos ido elaborando al amparo del Derecho castellano que sustituyó a Els Furs, costumbres que quedaron abolidas, no sólo si eran contrarias al Código civil, sino también si, como derecho supletorio, podían tener la consideración de costumbres “extra” o “praeter legem”, quedando sólo vigentes, dentro del Ordenamiento presidido por el Código civil, como fuente del Derecho dentro del mismo y debido exclusivamente a su reconocimiento como tales por el propio Código, las costumbres “secundum legem”, únicas invocables ante los tribunales y demás instancias competentes como fuente de derechos y obligaciones.

La costumbre que, a partir de la entrada en vigor del Código civil, elaboramos los valencianos es Derecho civil común, tan común como el Código que esa costumbre interpreta, completa o desarrolla, tan común como el Código que le reconoce el valor de fuente del Derecho, no siendo pues correcto predicar de ella la condición de Derecho civil valenciano como algo diferente del Derecho civil común, como si la equiparáramos a la costumbre catalana o aragonesa, las cuales se producen dentro de un Ordenamiento presidido por unas Leyes civiles propias que la reconocen y le dan valor, a esa costumbre, de fuente del Derecho civil catalán o aragonés.

Entre nosotros puede haber costumbres que, desde un punto de vista histórico y a efectos exclusivamente didácticos, quepa sostener que, procediendo de la época de los romanos o de los visigodos o de los musulmanes o traídas a nuestras tierras desde otras más lejanas y habiendo arraigado entre nosotros, sean “costumbres romanas o visigodas o árabes”, pero nadie creo que pueda sostener que esas costumbres constituyen, hoy en día, Derecho civil romano o visigodo o árabe, sino que sólo pueden ser y son Derecho civil común, que es el Derecho civil que rige entre nosotros. Creo que lo mismo cabe decir de las costumbres que puedan pervivir entre nosotros, tengan un origen foral o más próximo.

Una costumbre de tiempos pretéritos, observada desde tiempo inmemorial es, material y formalmente considerada, parte del Derecho vigente que fija sus requisitos y reconoce su valor como fuente del Derecho. Un derecho supletorio lo es porque es llamado en tal función por el Ordenamiento al que complementa, formando, por ello, por esa llamada, parte de él, pero no es otro Ordenamiento distinto que coexiste con el complementado. Si los valencianos no tenemos un Derecho civil autóctono, propiamente valenciano, porque nos fue abolido y tenemos el Código Civil que conforma el Derecho civil común, por oposición a los especiales o forales (balear, catalán, aragonés, navarro, vasco, gallego, etc.), los valencianos no tenemos un Derecho civil valenciano, ni escrito, ni, por lo mismo, consuetudinario, sino que nuestro Derecho civil es el Derecho civil común. No creemos que se pueda negar la existencia de un Derecho civil valenciano de rango legal y admitir la existencia de uno de rango consuetudinario, cuando uno y otro nos fueron igualmente abolidos, o, mejor incluso, el consuetudinario nos fue abolido una vez, en 1707, y otra vez en 1889, aunque

esta segunda vez mejor debiéramos hablar, quizás, de una pseudoabolición, toda vez que el Derecho castellano que nos fue aplicado tras la abolición foral se sucedió a sí mismo tras el proceso codificador.

El profesor Vicente-Luis Montés Penadés, Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Valencia, en su trabajo sobre “El Derecho Foral Valenciano (Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho Civil)”, publicado en la obra colectiva, coordinada por el Catedrático de Derecho Administrativo de la misma Facultad José-María Baño León, “Comentario al Estatuto de Autonomía de la comunidad Valenciana” (ed Civitas 1ª ed de 2007), decía compartir parcialmente la posición aquí sostenida sobre la inconsistencia de la base consuetudinaria como punto de partida para definir el contenido de la competencia legislativa civil de la Generalitat; sin embargo, si leemos atentamente el trabajo del insigne profesor, hay argumentos para pensar que su coincidencia, en este punto, con el autor de este artículo fue algo más que parcial.

En efecto, dice el profesor Montés, en su estudio que “Tal manifestación consuetudinaria de un Derecho civil foral o especial... es confusa, además de problemática”, más adelante el profesor Montés sostiene que: “Esto es, se trataría de usos o costumbres que, procedentes del anterior sistema foral, sobreviven como prácticas o reglas, recreadas por los usos sociales. Pero siempre encontramos el fortísimo obstáculo de tener que explicar cómo pueden sobrevivir si están derogadas. De modo que, si se trataba de costumbres forales, quedan derogadas por la Nueva Planta, y si se consideran costumbres nacidas y vigentes bajo el imperio del Derecho de Castilla, forman parte del Derecho común, además de que se verían derogadas, en tal caso, por la Disposición Final derogatoria del Código civil (artículo 1976) y sustituidas por otra ley y otro sistema global de referencia (el codificado), dentro del cual valdrían o no según la permisibilidad que el nuevo sistema estableciera”.

Prosigue el citado profesor diciendo que “En el sistema de Derecho codificado cabe la costumbre *secundum* o *propter legem*, también la *praeter legem*, pero no la costumbre *contra legem*. Descartado el primero de los tipos, por obvias razones, dado que no podría formar parte de un Derecho foral o especial una costumbre que regulara una materia conforme a una ley de Derecho común, nos situaríamos en el territorio de las costumbres *praeter legem* o *contra legem*. Las costumbres que tienen vigencia para regular una materia no tratada por la ley viven en el ámbito que permite esa ley, y salvo que la ley un día se ocupe de tratar la materia. Esto es, que de algún modo están subordinadas a la previsión del legislador. No hay un criterio seguro que permita separarlas del sistema en el que, en definitiva, se incardinan. Tenemos, pues, las costumbres *contra legem*, pero en el sistema codificado no cabe la costumbre *contra legem*, como no cabe, al menos en principio, conceder valor a la desuetudo, al desuso de la ley o a la existencia de prácticas contrarias.”.

Tras un excursus por supuestos de prácticas consuetudinarias que podrían afectar a la vigencia de las leyes (los casos en los que las leyes prevén la prevalencia del Derecho consuetudinario sobre el derecho escrito, casos en los que es el Ordenamiento vigente el que atribuye ese mayor valor a la costumbre sobre la Ley; la posible prevalencia de la costumbre sobre las leyes dispositivas, negada, como principio general, admitida cuando una ley así lo

determine expresamente por la práctica totalidad de la doctrina, casos pues en los que, de nuevo, es el Ordenamiento vigente el que atribuye ese mayor valor a la costumbre sobre la Ley; cita a continuación el profesor Montés el desconocimiento, la obsolescencia, el sentimiento generalizado de que una ley es injusta, o la desconexión o marginación de una ley en virtud de un consentimiento popular expreso o tácito, figura que, a juicio del profesor Montés, “...sería una explicación posible de fenómenos como el de la vigencia de los contratos de explotación agraria, y, en especial, de los arrendamientos rústicos consuetudinarios...o de las aparcerías”. El profesor Montés prosigue diciendo que “Cuando, ya bajo la vigencia del derecho castellano, agricultores y señores convenían un arrendamiento según usos y costumbres, con las mismas reglas de los establecidos anteriormente, en Época Foral, y después se aplicaban conforme a lo pactado ¿Estaban creando una relación sometida al Derecho común, o permanecía de algún modo subsistente el Derecho foral?”.

La respuesta formalmente correcta es: quedaban sometidos al Derecho común, pues el foral estaba derogado y, por tanto, desaparecido, y la vigencia de la relación se producía a través del aparato coercitivo del nuevo ordenamiento y en los ámbitos o espacios en que consintiera este nuevo ordenamiento la obligatoriedad o la efectividad de la relación establecida.”. Tras tan sólido, completo e impecable razonamiento, que el mismo profesor asume, éste añade que: “...se tiene constancia de que las reglas convencionales a que se sometían las indicadas relaciones eran obedecidas sin perjuicio de que el Derecho castellano las tuviese o no como válidas o eficaces”, lo que, con independencia de la intención de quienes las observaban, queda sin valor a la hora de darle alguno a tales prácticas como fuente del Derecho por lo dicho por el propio profesor anteriormente y en parte aquí recogido y por lo sostenido por quien este artículo escribe.

El profesor Montés, en su obra citada, concluye su excursión por la costumbre como soporte de la competencia legislativa civil de la Generalitat diciendo: “Ya se ve, pues, con cuanta dificultad y bajo qué fuertes dudas cabe situar en el Derecho consuetudinario la existencia, que se quiere actual, en el momento de vigencia de la constitución, de un ordenamiento civil foral o especial valenciano, para que la constatación de tal existencia y vigencia pudiera constituir el soporte de la competencia legislativa sobre el derecho civil que puede asumir la Comunidad Autónoma, en los términos en que, según la interpretación más extendida, ha de entenderse la regla del artículo 149.1.8ª CE. Ha de haber (según la invocada interpretación mayoritaria), al menos, un vestigio, un residuo o un testimonio de Derecho foral para que la competencia asumida por la Generalitat sea admisible desde el punto de vista Constitucional”. El contenido puesto entre los paréntesis anteriores es de mi autoría. Pienso que del párrafo extraído del trabajo del profesor Montés cabe deducir que el autor veía como algo dificultoso y extremadamente dudoso que se pudiera encontrar un vestigio, un residuo o un testimonio de Derecho foral entre nosotros, de Derecho foral civil procedente del histórico Reino de Valencia, sobre el que se pudiera sostener la competencia legislativa de la Generalitat en Derecho civil; una competencia que es esencial no olvidar que fue transferida por el Estado mediante la LOTRAVA, que fue asumida estatutariamente y con plena capacidad y legitimidad por la Generalitat tras las Leyes Orgánicas de 1994 que reformaron el Estatut de 1982 y finalmente que fue reconocida por el TC, como no podía ser de otro modo, orientando su ámbito hacia la tutela de la foralidad civil, como no podía ser de otro modo, conforme al artículo 149. 1. 8ª CE.

Las vías de desarrollo de la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil foral valenciano las ve el profesor Montés en el ejercicio de la competencia sobre nuestro Derecho civil foral indudablemente conformado por la Ley de arrendamientos Históricos, la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, “sin perjuicio de la otra vía también utilizable, en base al desarrollo hacia instituciones civiles conexas de las competencias en otras materias”. Sobre esta conclusión, que confirma el descarte de la vía consuetudinaria de ejercicio de la competencia y, correlativamente, contiene una discrepancia respecto de la argumentación medular de la sentencia 121/1992, cabe hacer un recordatorio a favor de unas normas de Derecho civil contenidas en el artículo 50 del Estatut de 1982, en el artículo 22 de la Ley de Patrimonio de la Generalitat y en el artículo 71 del actual Estatut de 2006 que regulan el derecho de la Generalitat a suceder ab intestato a quienes, ostentando la condición jurídica de valencianos, según el anterior Estatut, o teniendo vecindad civil valenciana, según el actual Estatut, fallezcan sin parientes con derecho a sucederles ab intestato según las normas del Código civil reguladoras de tal sucesión. Desde luego, esta singularidad estatutaria específica de los Estatutos valencianos, repetida en el último pese a recogerse en el artículo 22 de la Ley de Patrimonio de la Generalitat, Ley 14/2003, de 10 de abril, es una norma de naturaleza incuestionablemente civil, aunque no creo que podamos considerar que tutele la foralidad civil.

Mención especial merece la posible utilización de la vía de las instituciones conexas a las que se refirió el Tribunal Constitucional en el Fundamento jurídico 3º de la sentencia 88/1993, de 12 de marzo que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos, como utilizable para el desarrollo de los derechos civiles especiales o forales que, de esta manera, no sólo se anclarían en el pasado, en su historia, sino que se podrían orientar también hacia el futuro, buscando la utilidad de las instituciones del derecho civil foral, la aptitud de las mismas para ser útiles en una sociedad en cambio constante, de modo que la tutela de la foralidad civil tendría un sentido estático o de conservación y un sentido dinámico de adaptación a las realidades sociales y económicas en las que las normas civiles forales se incardinan. Por ello, el TC nos dice que cabe que las CCAA dotadas de Derecho civil foral o especial regulen “instituciones conexas” con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del derecho foral. Sucede, sin embargo, que la figura de las instituciones conexas no parece aplicable al caso valenciano y ello tanto en el sentido estricto en el que utiliza esta figura el TC en la citada sentencia y otras, como en el sentido distinto en el que el profesor Montés se refiere a “la regulación de las materias conexas, para cuya legislación existe otro título competencial, pero cuyo desarrollo legislativo exige, supone o implica entrar en la normación de instituciones que forman parte de la materia “Derecho civil”.”.

Si leemos con detenimiento la sentencia 121/92 del TC, ésta entiende que la competencia legislativa civil de la Generalitat se desenvolverá redactando leyes que recojan el régimen consuetudinario, costumbres que, de esta manera, quedarán convertidas en Leyes, alterando así su rango originario; además, esas leyes no podrán regular un ámbito social diferente del que regulaba la costumbre que acogen ni hacerlo de un modo distinto a como lo hacía esa costumbre que, “tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma”. Dos objeciones cabe hacer a este planteamiento:.

En efecto, el TC dice en la mencionada sentencia que “. . . El presupuesto para la validez y la condición de aplicabilidad de estas normas legales (las que plasman el ejercicio de la competencia elevando costumbres a rango de ley) residen en la costumbre que recogen, régimen consuetudinario que no solo delimita el objeto, sino el mismo contenido dispositivo del régimen legal”(fundamento jurídico 2. apartado b) del párrafo sexto. De suerte que el TC viene a decirnos que la elevación formal de rango de la costumbre dará lugar a una ley que tendrá por objeto la realidad social regulada por la costumbre y por contenido normativo el mismo que el de la costumbre, lo que teniendo en cuenta el carácter local y diverso de la costumbre, plantea la imposibilidad de crear una norma legal con pretensiones aplicación general en todo el territorio de la Comunidad que contenga un régimen legal único que necesariamente coincidirá con el de la costumbre en ciertos lugares pero diferirá del régimen consuetudinario observado en otros lugares y del no régimen consuetudinario de los territorios en los que no existiera costumbre alguna que rigiera esa parte de la realidad social, lo que hace inobservable o incumplible el requisito exigido al legislador valenciano por el TC en la letra b) del FJ 2 de la sentencia 121/92, en el sentido de que la Ley que formaliza la antes costumbre se limite al objeto social por ella regulado y copie exclusivamente su mismo régimen normativo. Además de ello, la doctrina del TC encorseta de tal modo el ejercicio de la competencia que hace extremadamente difícil, por no decir imposible, entender aplicable al derecho civil foral valenciano, entendido éste en los términos que resultan del FJ 2 de la sentencia 121/1992 del TC, la figura de las instituciones conexas, en la medida en que su aplicación desbordaría lógica y necesariamente ese régimen consuetudinario que, no lo olvidemos, “no sólo delimita el objeto, sino el mismo contenido dispositivo del régimen legal”.

Por otro lado, las costumbres, pretendidamente forales, ya las teníamos los valencianos como fuente de nuestro Derecho civil común, de modo que para su conservación y el mantenimiento de su eficacia jurídica entre nosotros no hacía falta que el Estado nos transfiriera competencia alguna. Desde luego, según el TC, tampoco se nos transfirió por el Estado competencia alguna para modificarlas ni para desarrollarlas, según acabamos de ver, dado que el régimen consuetudinario delimita, según el Alto Tribunal, el objeto y el contenido dispositivo del régimen legal que, de esta manera, en nada puede modificar ni desarrollar el ya existente régimen consuetudinario, excluyendo así, como acabamos de sostener, el posible juego de la figura de las instituciones conexas. Es muy difícil, por no decir imposible, entender que con esa interpretación del TC se le está transfiriendo a la Generalidad algo que tenga que ver con legislar, con redactar y promulgar leyes en las Cortes valencianas, en el sentido en el que la propia Constitución entiende, formal y materialmente, lo que es legislar, ya que las Cortes valencianas se han de limitar a recoger el contenido dispositivo consuetudinario y, sin más, convertirlo en Ley escrita cambiando sólo su rango normativo y el ámbito de su aplicación que de local pasa a general en todo el territorio de la Comunidad contra lo que, según vimos, la propia sentencia ordena. En definitiva, lo que, según el TC, transfirió el Estado a la Generalitat fue una competencia consistente, más que en legislar, en tomar una decisión sobre la aplicación y eficacia de una norma consuetudinaria preexistente, una decisión cuya adopción se incardinaba, más que en una competencia legislativa civil propiamente dicha, en una competencia que, contemplada desde la óptica de los resultados prácticos que produce o debería producir, más parece una competencia para dictar preceptos

sobre aplicación y eficacia de las normas, lo que es una competencia, esa sí, reservada en exclusiva y en todo caso al Estado por el artículo 149. 1. 8ª CE. Todo ello sin olvidar, además, que con el ejercicio de la competencia que estudiamos, así entendido, no se conserva, ni se modifica, ni se desarrolla el que se pretende que sea el Derecho civil valenciano, nuestro Derecho consuetudinario foral, sino que se le destruye y se le sustituye, pues no otra cosa se hace con una costumbre cuando se la convierte en Ley y, en cambio, la competencia era para conservar, modificar y desarrollar, no para destruir y sustituir.

Por otro lado, según decíamos antes, tampoco parece aceptable entender que la competencia legislativa de la Generalitat respecto del Derecho civil foral valenciano pueda desarrollarse o ejercerse mediante “la regulación de las materias conexas, para cuya legislación existe otro título competencial, pero cuyo desarrollo legislativo exige, supone o implica entrar en la normación de instituciones que forman parte de la materia “Derecho civil””, como sostiene el profesor Montés. No creo que sea defendible sostener que el Derecho Civil Valenciano está conformado por la legislación sobre las dieciocho materias más o menos relacionadas con el Derecho civil contenidas en los artículos 31 a 34 de nuestro primitivo Estatut o las equivalentes contenidas en los artículos 49 a 51 del actual Estatuto, ya que no tendría sentido que el legislador cometiera la reiteración de atribuir la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano a la Generalitat y luego le atribuyera además la competencia exclusiva para legislar en materia de Patrimonio histórico, artístico o en materia de urbanismo y vivienda o de montes, cooperativas, pesca, fundaciones o propiedad intelectual, como desarrollo de la competencia en materia de Derecho Civil Foral Valenciano, al que técnicamente no equivalen, ya que ello supondría admitir que nuestro legislador estatutario se refería a lo mismo en los distintos apartados de los artículos 31 a 34, actuales artículos 49 a 51 del Estatut, que aquí nos interesan, es decir, habría sido reiterativo, cuando lo lógico es pensar que cada uno de los apartados de los citados artículos del Estatuto se referían a materias distintas, sobre todo si tenemos en cuenta la gran importancia de la cuestión que regulan que no es otra que la relativa a la asunción estatutaria de las competencias por la Generalidad; lo lógico es entender que el Derecho Civil Valenciano es algo distinto de esas materias, más o menos relacionadas con él, enumeradas en los citados artículos de nuestros Estatutos de Autonomía y que sólo puede estar integrado por las antes citadas materias características y tradicionalmente consideradas como propias del Derecho Civil. Aunque tales materias adyacentes o colindantes, puedan incidir, algunas de ellas sobre el derecho civil o sean materias interdisciplinarias en la mayoría de los casos; pero es evidente, por ejemplo, que la limitación de la propiedad que resulta del ejercicio de la función pública de urbanizar, para cuya regulación legislativa también tiene competencia la Generalitat, no significa que, cuando ésta elabora normas urbanísticas, esté legislando sobre Derecho civil ya que una cosa es comprimir el contenido de facultades de un derecho subjetivo por un interés superior y general y en consideración a su función social y otra distinta es regularlo o normar sobre él desde dentro del mismo derecho y en consideración exclusiva a su propio fundamento y finalidad en base a una competencia específica para hacerlo así.

A la vista de la situación creada, el legislador del Estatut de 2006 decidió profundizar técnicamente en la doctrina de la propia sentencia 121/1992 del TC para revitalizar la competencia en términos congruentes con su propio significado. En efecto, el legislador

estatutario ha partido de la naturaleza transferida de la competencia, como proclamó el TC -tras la sentencia, por LO de 1994, fue asumida estatutariamente-, así como de que su razón de ser es la tutela de la foralidad civil. Sentada esa coincidencia entre el Estatut y la sentencia 121/1992, aquél no considera como foralidad civil a tutelar la costumbre foral que muy dudosamente, como acabamos de ver, pudiera pervivir entre los valencianos, sino la normativa civil foral del histórico Reino de Valencia que se recuperará y actualizará al amparo de la Constitución española, constituyendo, así, el punto de partida del ejercicio de la competencia exclusiva de la Generalitat a la que se refiere el artículo 49. 1. 2ª del Estatut, como resulta de su Disposición Transitoria Tercera. Otros artículos del Estatut han fijado con nitidez el alcance y contenido de la competencia, los artículos 3. 4.; 7; 37. 2.; 71. 1. c) auxiliados por los párrafos undécimo y decimotercero del Preámbulo del Estatut. ¿Podía el legislador estatutario de 2006 actuar de otra manera, podía, siguiendo a pies juntillas la doctrina íntegra de la sentencia 121/1992 del TC vaciar de contenido una competencia que se le transfirió por el Estado a la Generalitat, que ésta asumió luego estatutariamente y que incluso el propio TC, paradójicamente, le reconoció en la meritada sentencia?, ¿podía hacer eso el legislador estatutario de 2006 cuando el propio Estatut se planteaba, con toda legitimidad, los objetivos políticos de profundizar el autogobierno y la nacionalidad histórica?. Como vemos, otra opción distinta de la seguida por el redactor del Estatut de 2006 no era ni políticamente asumible, ni defendible desde el punto de vista jurídico-constitucional. Parece evidente que el reformador del Estatut de 1982, el estatutario de 2006, no podía prescindir de la competencia legislativa civil para, a fin de cuentas, acabar devolviéndosela al Estado que se la transfirió, lo que habría sucedido de seguir, sin más, la sentencia 121/92 del TC, sino que tenía que plantearse, siguiendo precisamente la doctrina del Alto Tribunal, hasta donde fuera posible, una superación o desenvolvimiento lógico de la misma que no produjera el efecto comprobado de vaciamiento competencial. y, al mismo tiempo, en cuanto que asumía el punto de partida y también gran parte de tal doctrina del TC y tan sólo proponía su desarrollo o desenvolvimiento lógico, que gozara de toda la cobertura y amparo de nuestro bloque de constitucionalidad.

Me he atrevido, en los párrafos anteriores, a referirme al trabajo que el profesor Montés publicó en la obra colectiva “Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana”. El trabajo rezuma, como toda la obra, escrita y oral del maestro, erudición, reflexión agudísima y, sobre todo, honestidad. Inteligencia, agudeza, erudición, honestidad y generosidad fueron los rasgos distintivos de la personalidad de Vicente-Luis Montés Penadés. Este verano, el pasado 7 de agosto, murió Vicente; la grave enfermedad que padecía, en realidad la llevaba como si la sufriera otro, tal era el coraje vital de Vicente, nos lo arrebató y dejó sólo en nuestra memoria, en estado sólido y con carácter vitalicio, el recuerdo entrañable de la persona, del amigo, y el ejemplo insuperable del maestro, del jurista y, desde una u otra perspectiva, el recuerdo del valenciano, del hombre profundamente ligado a su tierra, a su Onteniente, a su Mariola, a su Valencia, ligado a ella en cuerpo y alma, ligado por los sentidos, por la emoción y por la inteligencia, como se unía Vicente a sus amigos y a su vocación. Aquí no hablo como Registrador de la Propiedad, no hablo de su antigua y rica relación con el Colegio de Registradores, hablo como el jurista que pretendo con esfuerzo y empeño ser, hablo, sobre todo, como el amigo con gratitud inmensa por la amistad con la que me honró. Una muerte siempre es una tragedia; pero, en el caso de Vicente, a los que nos

quedamos y le conocimos bien nos queda, como relativo consuelo, la certeza de su sonrisa ante ella, una sonrisa que parte de una vida muy conscientemente vivida y mana de una inteligencia capaz de entender profunda y amablemente todo, todo incluido ese supremo instante. Me queda el recuerdo de la última comida con él en La Principal, en compañía de su hijo Luís, también excelente amigo y brillante profesional del Derecho; a los postres nos quedamos solos el maestro y yo y, apurando uno de sus queridos vinos, hablamos del asunto de la competencia de la Generalitat para legislar en Derecho civil foral. Sus palabras finales sobre el tema coincidieron esencialmente con las palabras con las que termina el trabajo que en estas páginas he comentado: “De modo que otra cosa no cabe más que unirse al deseo y a la legítima aspiración de quienes esperan que, en efecto, no se discuta más sobre la atribución y el vigor de tal competencia, y se entre en un desarrollo prudente.”.

Al amparo de esta competencia exclusiva de la Generalitat para la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano, esperemos que ya generalmente aceptada y no discutida, las Cortes Valencianas aprobaron la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. También al amparo de tal competencia, entendida como resulta del Estatut de 2006, el Pleno de la Comisión de Codificación Civil Valenciana entregó, el pasado día 24 de julio al Conseller de Governació, Honorable Sr Serafin Castellano Gómez, el borrador de anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones.

El “desarrollo prudente” de la competencia que esperaba el profesor Montés creo que se puede garantizar por la calidad técnica de los miembros del grupo de trabajo de Derecho de sucesiones de la Comisión de Codificación Civil Valenciana: Mario Clemente, catedrático de Derecho civil; Luis-Miguel Higuera, abogado en ejercicio, especialista en Derecho civil; Rosa Moliner, profesora titular de Derecho civil; Francisco-Javier Palao, profesor titular de Historia del Derecho; Antonio Ripoll, Notario; Manuel Uña, Notario y Registrador de la Propiedad, a todos los cuales tuve el honor de coordinar. El borrador entregado al Conseller ha incorporado, además de las aportaciones de los miembros del grupo de trabajo de Derecho de sucesiones, las de otros miembros de la Comisión de Codificación cuyo Pleno, así como el Pleno del Observatorio de Derecho civil valenciano aprobaron el texto. Durante el proceso de formación del indicado borrador se ha consultado por los responsables políticos de la Consellería de Governació con el Conseller al frente, así como por los miembros del grupo de trabajo a prácticamente todos los colectivos que pudieran resultar especialmente afectados por la Ley en tramitación, así como a diferentes expertos en la materia. Se han recibido en el seno de la Comisión las observaciones efectuadas por las Consellerías, de entre las que debe destacarse la de la Consellería de Economía y Hacienda. El anteproyecto se remitirá a los Colegios profesionales, cuyas observaciones se tendrán en cuenta. Luego, el texto será dictaminado por el Consejo Jurídico Consultivo que, sin duda alguna, lo mejorará, como será también indudablemente mejorado en la fase final de su tramitación parlamentaria a través de las enmiendas que presenten los distintos grupos parlamentarios. El resultado de todo este proceso de elaboración legislativa será un texto, la Ley valenciana de Sucesiones que será, sin duda, el mejor texto que podían redactar quienes tuvieron la responsabilidad de hacerlo y que será, además, un texto cuya virtualidad normativa se irá, con el tiempo, completando con las aportaciones de la doctrina, con la práctica de los profesionales del Derecho que la utilicen en el día a día y con las soluciones de la jurisprudencia. Será, en

definitiva, un texto muy participado y con una clara vocación de servicio a la comunidad, a su realidad económica y social, en el tiempo presente y en los venideros, con la naturaleza propia de una norma de Derecho civil.

En su estado actual, el Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones sólo puede ser objeto de una aproximación, de unos comentarios provisionales, a la espera de que, culminado el proceso legislativo, el texto hoy disponible se convierta en definitivo, al menos en su dimensión de texto escrito, sin perjuicio de sus posibles reformas.

APROXIMACIÓN AL ANTEPROYECTO DE LEY VALENCIANA DE SUCESIONES. ASPECTOS GENERALES

El Anteproyecto de la Ley Valenciana de Sucesiones, en adelante ALVS, se compone de 285 artículos agrupados en quince títulos, presididos por una Exposición de Motivos y seguidos de una Disposición Adicional, cuatro Disposiciones Transitorias y una Disposición Final.

En la Exposición de Motivos, necesariamente compendiosa, se hace una resumida descripción del conjunto del ALVS. Al título competencial, primero de los apartados en los que se divide la Exposición de Motivos ya me he referido anteriormente con cierta extensión toda vez que el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación contra la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial el día 21 de diciembre de 2007 (número de registro: 9888 de 2007) sigue pendiente de sentencia por parte del Tribunal Constitucional aunque éste mediante auto de 12 de junio de 2008 levantara la suspensión de la entrada en vigor de la Ley recurrida, entrada en vigor que tuvo lugar el día 1 de julio de 2008, al día siguiente de la publicación del auto referido en el BOE.

Estamos ante un ALVS extenso, sus 285 artículos así lo evidencian tanto como la extensión considerable de muchos de ellos y es que, como se dice en la E de M, “El objeto de la LVS es regular, de forma completa, la sucesión por causa de muerte...”. El objetivo es, sin duda alguna, ambicioso y viene reclamado por la seguridad jurídica que garantiza la CE en su artículo 9. 3.; en efecto la seguridad jurídica exige Leyes completas, sistemáticas, coherentes con los principios que las inspiran, con una regulación expresa suficiente y susceptible de ser integrada desde tales principios y claras en su formulación de suerte que sus destinatarios puedan conocer con claridad el régimen jurídico aplicable a las situaciones en las que incurran y predecir la solución de los conflictos en los que se vean inmersos. Para lograr tal objetivo se han manejado por la Comisión las leyes sucesorias nacionales y extranjeras, así como la doctrina y la jurisprudencia con el objeto de recuperar actualizada, al amparo de nuestra Constitución, la normativa foral del histórico Reino de Valencia. La huella foral es el norte del ALVS exigido por el artículo 7 y la Disposición Transitoria Tercera del Estatut de 2006 en armonía con la doctrina de la sentencia 121/1992 del TC cuando nos recuerda que la causa de la transferencia de la competencia legislativa en Derecho civil a la Generalitat es la tutela de la foralidad civil que, a su vez, inspira el artículo 149. 1. 8ª CE. Muchas de las

soluciones recogidas por el ALVS se explican desde nuestros Furs debidamente actualizados para que sirvan, de un lado, a las necesidades derivadas de la realidad social y económica de los valencianos y lo hagan, de otro lado, en total armonía con los principios y valores asentados en nuestro bloque de constitucionalidad.

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

En el apartado segundo de la E de M del ALVS, el referido al “objeto de la Ley”, se refiere ésta a la sucesión por causa de muerte de las personas que ostenten la vecindad civil valenciana, conforme a las normas del Título Preliminar del Código civil, con independencia de donde residan (art 3. 4. Del Estatuto de Autonomía)”. El citado artículo del Estatut dice que “El Derecho Civil Foral Valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes.”. Es cierto que en el ALVS se podría haber dedicado un artículo para tratar este punto. En el estado actual del ALVS tal norma no se ha incorporado al texto. Es cierto que en la LREMV, en la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat el artículo 2., presidido por la rúbrica “Ámbito de aplicación” nos dice que “Esta Ley se aplicará a los matrimonios cuyos efectos deban regirse por la Ley valenciana, conforme al artículo 3 del Estatuto de Autonomía y a las normas para resolver conflictos de leyes aprobadas por el Estado, en ejercicio de la competencia exclusiva que les reconoce la Constitución”. Ciertamente una norma parecida podría haberse incorporado al texto del ALVS; sin embargo, ninguno de los miembros de la Comisión lo estimó necesario por venir el tema resuelto en el artículo 3. 4. Del mismo Estatut. Parece que el tiempo no pase en balde y en esta Ley ya no sienta su redactor la necesidad que sí parece sintió en la confección de la LREMV. Obsérvese que en esta Ley no sólo está el artículo 2., que hemos transcrito, sino que también nos encontramos con el artículo 1. que nos dice que: “1. La presente Ley tiene como objeto regular el régimen económico matrimonial valenciano. 2. Dicha regulación se lleva a cabo desde la recuperación del Derecho foral civil valenciano y su pertinente desarrollo y adaptación a los valores y principios constitucionales, así como a las nuevas demandas sociales.”.

Desde la LREMV hasta el ALVS han transcurrido prácticamente dos años y medio en los que el prelegislador valenciano parece que no siente la necesidad de explicar y confirmar su competencia para legislar. Esta competencia está claramente diseñada en el Estatut en la única forma posible para no vaciar y dejar sin contenido su transferencia y posterior asunción estatutaria y en los términos que resultan de él, del Estatut, la ejerce. En forma paralela a la ausencia en el ALVS de un artículo similar al artículo 1. de la LREMV, podemos explicar la ausencia de un artículo equivalente al artículo 2 de ésta Ley en el Anteproyecto. Lo que dice el artículo 1. 2. de la LREMV ya resulta claramente del artículo 7 y de la DT 3ª del Estatut y lo que dice tal Ley en su artículo 2. También resulta claramente del artículo 3. 4. del Estatut; sin embargo, el redactor de la Ley 10/2007 de la Generalitat sintió la necesidad de ratificar el contenido estatutario en la Ley, mientras que el redactor del ALVS ya no siente tal necesidad, ni la de explicar la competencia, pese a la pendencia del recurso de inconstitucionalidad

contra la LREMV, otra cosa son los trabajos doctrinales, ni estima conveniente reproducir el ámbito subjetivo del Anteproyecto en el texto del mismo cuando tal ámbito ya resulta claramente del artículo 3 del Estatut al que la LREMV opta por remitirse.

Aparte la explicación sicológica, fruto de la normalización en el ejercicio de la competencia, pese a la pendencia del recurso, la no regulación en el texto articulado de la cuestión del ámbito subjetivo de la Ley, con independencia de la referencia al tema contenida en la E de M, tiene también su razón de ser en la propia naturaleza de la norma. La norma contenida en el art 3. 4. del Estatut y en el artículo 2. de la LREMV es la propia de una norma de conflicto y, por ello, se trata de una norma relativa a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas y una norma para resolver los conflictos de leyes, en definitiva, una norma que pertenece al núcleo del Derecho civil esencialmente residenciado en la competencia del Estado y, por ello, del todo ajena a la competencia legislativa en Derecho civil foral de la Generalitat conforme al artículo 149. 1. 8ª. CE. El TC en la sentencia 156/93, de 6 de mayo, tuvo ocasión de abordar una cuestión similar al analizar la constitucionalidad del artículo 2 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares aprobada por Real Decreto Ley 79/1990, de 6 de septiembre. El citado artículo 2 de la Compilación balear establecía la aplicabilidad de ésta a quienes residieran en el territorio de la Comunidad autónoma sin necesidad de probar su vecindad civil con lo que modificaba claramente el punto de conexión establecido en el artículo 14. 1. del Título Preliminar del Cc que no es otro que el de la vecindad civil e invadía, de esta manera, una competencia exclusiva del Estado: el diseño uniforme para todo el Estado del sistema de Derecho interregional.

El artículo en cuestión fue declarado inconstitucional y adaptado a las exigencias de la sentencia del Alto Tribunal por la Ley 7/1993, de 20 de octubre y es que, en la citada sentencia, el TC vino a decir, respecto a las materias ajenas a las competencias autonómicas, que "...las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar, en su caso, y si así lo exigiera la sistemática de la legislación, lo establecido en la normativa dictada por el Estado.". La cuestión está en interpretar el "si lo exigiera la sistemática de la legislación" y el prelegislador valenciano entendió que, estando la cuestión resuelta y bien resuelta en el artículo 3. 4. del Estatut, no había exigencia sistemática atendible, sino más bien todo lo contrario, para reiterar la norma en el ALVS o ¿es que, pese a la previsión estatutaria de constitucionalidad irreprochable, hay que reproducir el artículo 3. 4. del Estatut en todas y cada una de las leyes que elabore la Generalitat?.

Santiago Álvarez González, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela, en su obra "Estudios de Derecho Interregional", editada por el Servicio de Publicaciones de la citada Universidad, superando la doctrina de la sentencia 156/93 del TC, interpreta el artículo 5 de la Ley de Derecho civil de Galicia, sustancialmente idéntica a nuestra norma estatutaria de conflicto, como un precepto innecesario y vacío y que puede convertirse en formalmente contradictorio con la normativa estatal en el momento en el que el legislador estatal modifique el punto de conexión de su norma de conflicto (artículo 14. 1 TPCc) y fije como tal otro distinto de la vecindad civil, por ejemplo, la residencia o el que el sujeto de la relación jurídica con factor interregional elija

de entre varios que le oferte el legislador, como está sucediendo en la normativa comunitaria que unifica y sustituye las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros de la UE. Entiendo que tal conclusión, pese a la similitud entre una y otra norma, no resulta aplicable al artículo 3. 4. de nuestro Estatut, toda vez que debe interpretarse que establece una remisión general a la normativa del Estado en materia de normas de conflicto, a la que rija en cualquier momento según tal normativa, estatal o comunitaria, concretada, en el momento de redactarse el Estatut, en la vecindad civil como punto o criterio de conexión. El artículo 3. 4. de nuestro Estatut no contiene pues una remisión rígida a la normativa estatal, sino una remisión flexible a la normativa estatal de conflicto, a la que sea o resulte en cada momento, sin perjuicio de concretarla, de momento, en la vecindad civil porque así resulta de la normativa estatal, como confirma el inciso final del párrafo que comentamos. Alguien podrá preguntarse cómo quedaría el precepto estatutario si se modificara el artículo 14. 1. del TPCc para decir que el punto de conexión es el del domicilio. Entiendo que sólo cabría ser interpretado en el sentido de que asume el punto de conexión estatal del domicilio, que la modificación del artículo 14. 1. implicaría o conllevaría una modificación del art 3. 4. del Estatut, si no cabe hacer leyes inconstitucionales, tampoco cabe hacer de las mismas una interpretación inconstitucional cuando cabe entenderlas en armonía con la Constitución, como sucede en este caso, conforme a la doctrina sentada por el TC en su sentencia 156/93.

SISTEMÁTICA DEL ANTEPROYECTO Y EXCURSO POR SU ARTICULADO

La sistematización de los 285 artículos en quince títulos tiene, sin perjuicio de reconocer la corrección de otros criterios de ordenación, una lógica impecable. Los primeros trece artículos de la Ley se agrupan bajo el Título I referido a las “Disposiciones Generales” y precisan los conceptos básicos de la sucesión “mortis causa”: la apertura de la sucesión, la delación, la adquisición de la herencia mediante la aceptación, el concepto de heredero y la innecesariedad de su institución, así como una detallada regulación de la situación de la herencia yacente que tiende a eliminar la inseguridad jurídica, así como el bloqueo del patrimonio que la compone precisando los deberes y derechos de los administradores de la herencia yacente, así como los actos de disposición y administración relativos a ella, incluso cuando haya sido sólo parcialmente aceptada.

DISPOSICIONES GENERALES

En el artículo 1. se define la sucesión por causa de muerte como el cambio que se produce en la titularidad del patrimonio de una persona con ocasión de su fallecimiento. Alguien podrá pensar que empezar la definición con la palabra “cambio” puede no ser adecuado, más que nada desde el punto de vista formal; sin embargo, conviene precisar que el uso de tal palabra pretende ser un homenaje a Savigny quien, como de todos es sabido, definió la sucesión diciendo que era “el cambio meramente subjetivo en una relación jurídica permaneciendo ésta inalterada”. El homenaje a Savigny tiene que ver con su enfrentamiento con Napoleón a cuento de la forma de crear y desarrollar el Derecho civil, pues mientras

Napoleón, jaleado intelectualmente por la Escuela del Iusnaturalismo Racionalista llevaba el Còde con sus ejércitos y lo imponía con sus victorias, el ilustre jurista prusiano sostuvo que el Derecho aparece y se desarrolla de una manera espontánea y gradual, sin que ninguna revolución, pensador o legislador sea capaz de alterar sustancialmente su curso y sin que ninguna fuerza diferente del espíritu del pueblo (das Volksgeist) pudiera darle contenido. Savigny dijo esto en su libro “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho” (“Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”) que se publicó en 1814, 7 años antes de que muriera Napoleón. No sé si Savigny conoció el caso del Reino de Valencia que un siglo antes y como consecuencia de la Guerra de Sucesión vio como unos Decretos abolicionistas enmascarados en los Decretos de Nueva Planta sustituyeron su Derecho civil, el Derecho civil foral valenciano, por un Derecho civil hecho para otra sociedad, otra economía, otras costumbres y otra historia, por el Derecho castellano. Como es bien sabido, tan triste y anómalo episodio sólo le sucedió a Valencia en la larga y compleja historia de España. Como quería Savigny, hemos actualizado aquél Derecho foral civil del histórico Reino de Valencia y le hemos dado sistemática y rango científico y todo ello presidido por una construcción sólidamente arraigada en el bloque de constitucionalidad que preside el Ordenamiento jurídico español actual del que nuestras Leyes civiles, las Leyes civiles forales valencianas aspiran a formar parte con una dignidad que no desmerezca la que es predicable del conjunto normativo del que forman parte, es decir, del Derecho Civil Español.

El artículo 2. recoge los modos de deferirse la sucesión a lo largo de sus tres párrafos. En el primero de ellos, se nos dice que la sucesión puede deferirse por voluntad del causante en sus distintas modalidades posibles: testamentaria unilateral, testamentaria mancomunada, contractual y donación “mortis causa”. La esencia de todas ellas es la voluntad unilateral del causante o la voluntad de éste condicionada recíprocamente con otros testadores o concordada con otras personas a través del correspondiente contrato sucesorio o donación “mortis causa”. Cuando la voluntad del causante no ordene toda la sucesión del causante, la sucesión se deferirá por la voluntad supletoria de la Ley, dando lugar a la sucesión, en todo o en parte, intestada. Finalmente, no se podía eludir en este artículo la referencia a la legítima concurrente con las otras formas de deferirse la sucesión. A la legítima se refiere el párrafo tercero del artículo 2. del ALVS cuando nos dice que “También por voluntad de la Ley los herederos forzosos tienen derecho a la legítima.” Referirse a la legítima en un párrafo aparte deja clara la voluntad de los redactores del ALVS de no mezclar la legítima con la sucesión intestada, pese al origen legal de una y otra, imperativo en el primer caso, supletorio en el segundo; deja clara, en principio una cierta intención de no calificar la legítima valenciana, dada su naturaleza, como una sucesión, ni a sus titulares, los legitimarios, como herederos; sin embargo, el uso de las palabras “los herederos forzosos” no deja de evidenciar una cierta contradicción con el que parecía propósito inicial; no obstante, en la exposición de Motivos se habla de “la condición “sui generis” de la legítima como sucesión”. Como luego veremos, la naturaleza jurídica que tiene la legítima en el ALVS sitúa claramente a sus titulares, los legitimarios, por ese sólo concepto, fuera de la figura del heredero y su adquisición no siempre necesariamente coincidente con la sucesión tal y como ésta se define en el artículo 1. del mismo Anteproyecto, aunque con ocasión de la sucesión se califique como legítima alguna atribución patrimonial gratuita hecha en vida del causante por éste o por un tercero.

Por todo ello, quizás hubiera sido preferible decir en el párrafo tercero del artículo 2. que “También por voluntad de la Ley, ciertos parientes del causante tienen derecho a la legítima en las sucesiones a las que se refieren los párrafos anteriores.”

Dentro de los trece primeros artículos del ALVS se regula también la preferencia y concurrencia de sucesiones, pudiendo concurrir la sucesión testada con la intestada con la contractual y con la donación “mortis causa” que sólo parcialmente ordenen la sucesión del causante, sin perjuicio de la concurrencia también de las legítimas, con lo que se recoge la compatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, sancionada en los Furs VI-IV-26 y 27, frente al principio romano “nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest”. Igualmente, se precisa que el sucesor a título universal es el heredero a quien, si se hubiere instituido en cosa cierta, acrecen los demás bienes de la herencia que no hayan sido expresa y especialmente atribuidos a otra persona por cualquier título (se sigue la preferencia del “nomen” sobre la “assignatio” tal como venía recogida en el Fur VI-VI-5). La adquisición del dominio y de la posesión de los bienes hereditarios sanciona la doctrina de la adquisición “de mantinent après la mort” del Fur VI-IV-41 que parece consagrar la adquisición automática de la herencia como manifestación de la regla del Droit coutumier francés “le mort saisit le vif” pero cohonestándola con la regla esencial de la adición por voluntaria aceptación de la herencia.

Mención especial merece la regulación de la herencia yacente en los artículos 9 a 13, ambos inclusive. Empieza el ALVS por definir la herencia yacente y nos dice que la herencia está yacente desde su apertura, acaecida por el fallecimiento del causante, (cfr artículo 7. 1. ALVS) hasta su aceptación por alguno, algunos o todos los herederos, pues la adquisición de la herencia, como resulta del artículo 7. 1. del ALVS, requiere, con carácter esencial, la aceptación voluntaria y libre del heredero en la forma y plazos que la Ley establece; por otro lado, como resulta del artículo 13 del ALVS, aceptada la herencia por alguno o algunos de los herederos, pero no por todos, la administración de la misma corresponderá a los aceptantes, quienes gozarán de las facultades y quedarán sujetos a las responsabilidades del comunero que actúa en nombre de la comunidad. Delimitado el ámbito temporal en el que la herencia yace, su naturaleza es la propia de un patrimonio separado destinado a ser adquirido por los llamados a él, carente de personalidad jurídica, sin perjuicio de la capacidad o legitimación que le atribuyan las leyes a determinados efectos. Mientras permanece como herencia yacente, ésta necesita ser administrada, no sólo con el fin de culminar el proceso de su adquisición mediante la aceptación de los llamados a la herencia, sino con el fin, igualmente esencial a todo patrimonio, de cobrar los créditos que le correspondan, pagar las deudas que pesen sobre ella y posibilitar el tráfico de los bienes que la integran, a cuyo efecto, el ALVS determina quiénes serán los administradores de la misma y cómo serán designados. El artículo 10 del ALVS determina los caracteres de la administración diligente de la herencia, destacando el preciso inventario; la necesidad o no de prestar caución según el prudente arbitrio judicial y la remuneración del cargo, cuestión que decidirá quien designe al administrador. El artículo 11 establece la forma de tomar los acuerdos sobre la administración de la herencia yacente y precisa, en su párrafo primero, que si los administradores fueran los mismos llamados a la herencia, la realización de los actos de administración no implican aceptación de la herencia a diferencia de lo que ocurre con los actos de disposición llevados a cabo por los llamados

que no sean administradores o con la oposición de aquéllos al acto dispositivo pretendido por éstos; en todo caso, el acto de disposición necesita la aprobación unánime de quienes sean administradores y, en principio, la del Juez, pero no la de los llamados que no sean administradores quienes sólo han de ser notificados del mismo.

LOS TESTAMENTOS

Los siguientes treinta y tres artículos, desde el 14 al 46, ambos inclusive, se refieren a los testamentos. Los artículos referidos a los testamentos se podrían subdividir en dos partes. Una primera, comprensiva de los artículos 14 a 31, que dispondría una especie de parte o teoría general de los testamentos; y una segunda, compuesta por los artículos 32 a 46, que regula las formas testamentarias. En la primera parte se tratan los temas clásicos de la parte general de los testamentos: su concepto, la interpretación testamentaria, los vicios de la voluntad testamentaria, la capacidad para testar, la nulidad del testamento y su revocación. Se regula también en esta parte el testamento por apoderado, la fiducia testamentaria, fijando los derechos y obligaciones del apoderado hasta el cumplimiento de su encargo y las consecuencias del incumplimiento, así como el plazo para cumplir el encargo y la revocación de su apoderamiento. Más llamativo, desde el punto de vista sistemático, puede resultar la inclusión en esta parte del Título II del testamento mancomunado en lugar de regularlo dentro de las formas testamentarias, pero es que, efectivamente, el testamento mancomunado es más que una forma de testamento, una posibilidad, una especialidad del mismo por razón de los sujetos que lo otorgan y el modo en que vinculan sinalagmáticamente sus respectivos otorgamientos; por otro lado, se ha querido subrayar, con esta ubicación, la importancia de la novedad que, siguiendo nuestros Furs, representa el régimen del ALVS respecto del artículo 669 Cc que prohíbe el testamento mancomunado. También puede llamar la atención, desde el punto de vista sistemático, la inclusión, en el párrafo segundo del artículo 22 de la validez, en principio, de las disposiciones testamentarias no legalmente exigibles hechas a favor de personas que, por su posición respecto del causante, podrían haber captado, viciado o, de cualquier modo, menoscabado la libertad de testar del otorgante; disposiciones que, frente al régimen de ineficacia contenido en los artículos 752 a 754 Cc, serán consideradas válidas sin perjuicio de que cualquier interesado en la sucesión pueda reclamar judicialmente su nulidad probando que hubo vicio de la voluntad o libertad menoscabada inducidos por el beneficiario, régimen jurídico que se puede complementar con el de las causas de indignidad dada la condición de subsumible del supuesto de hecho del artículo 22. 2. del ALVS en el de la letra e) del artículo 49 del mismo Anteproyecto. La solución del texto legal que comentamos es más coherente con el valor constitucional superior y el derecho fundamental de la libertad y con el también derecho fundamental al honor, a la propia imagen y la salvaguarda de la dignidad de la persona (artículo 1, 10, 17, 18, 24, etc...CE).

La segunda parte, a la que antes me refería, que se puede descubrir dentro del Título II, dedicado a la regulación de los testamentos, es la que dispone las formas testamentarias, comprensiva de los artículos 32 al 46. Era consciente la Comisión de la reserva de competencia exclusiva a favor del Estado que, en materia de ordenación de registros e instrumentos públicos hace el artículo 149. 1º. 8ª. CE; pero, también fue consciente de la regulación generalizada

que, sobre esta materia, se contiene en todas las Leyes de Derecho civil español, por todas las cuales valga, como ejemplo, el artículo 421 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Se recogen las formas clásicas y tradicionales de testamentos notariales, el testamento abierto y el testamento cerrado, siguiendo con fidelidad la legislación notarial y se incorporan, por exigirlo así el artículo 7 y la Disposición Transitoria Tercera del Estatut, el testamento nuncupativo o de paraula y el testamento autógrafa, regulándose, para uno y otro, su adverbación o protocolización. Como consecuencia de ser la valenciana una Comunidad con dos lenguas oficiales, se regula en el artículo 34 la discordancia entre las versiones del testamento que se redactare en las dos lenguas oficiales o en una oficial en nuestra Comunidad y otra no oficial, con soluciones que tratan de facilitar el conocimiento lo más cierto y seguro posible de la voluntad del testador.

LA CAPACIDAD PARA SUCEDER Y LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER

El Título III, comprensivo de los artículos 47 a 53 se dedica a regular la capacidad para suceder y la indignidad. De estos artículos merece ser destacada la homologación, en punto a capacidad para suceder entre los nacidos o concebidos y las personas concebidas conforme a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, utilizando las técnicas relacionadas en el anexo de dicha Ley.

En el Título III cabe destacar también la minuciosa y modernizada regulación de las causas de indignidad entre las que destacamos, en este sentido, la condena en sentencia firme por incumplir deberes familiares respecto del causante o por atentar contra sus derechos de igual naturaleza o la condena en sentencia firme dictada como consecuencia de delitos de violencia de género llevados a cabo contra el causante, imperdonables aquéllas y ésta si hubieren producido la muerte del causante; como imperdonable resulta, en todo caso, la causa de indignidad consistente en haber sido condenado en sentencia firme recaída en juicio seguido por delito cometido contra los derechos fundamentales o las libertades públicas del causante.

En materia de efectos de la indignidad, merece subrayarse también el carácter personalísimo de tales efectos en cuanto sancionadores (cfr art 52. 2 ALVS), sin perjuicio de tener que admitir, por pura coherencia técnica, que la indignidad priva a los herederos del indigno, que acepten su herencia, del derecho a aceptar o repudiar la herencia del ofendido de la que fue privado su causante por causa de indignidad (cfr art 52. 3 ALVS), en la medida en que si la disposición a favor del indigno deviene ineficaz (cfr art 52. 1. ALVS), no cabe entender incluido en su herencia, formando parte de la misma, el derecho a aceptar o repudiar la herencia del ofendido, lo que excluye el derecho de transmisión a favor del heredero del ofensor. Fuera de este supuesto, la causa de indignidad que concurre en la persona del ofensor no perjudicará los derechos que en la herencia del ofendido tengan los parientes o los herederos de aquél, sea en cuanto sustitutos o representantes del indigno o sea por derecho propio, incluido el acrecimiento.

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

En el Título IV se regula la sucesión contractual, que será, sin duda, una de las instituciones más útiles del Derecho civil foral valenciano para regular la sucesión en la empresa. Se distingue, dentro de la sucesión contractual, según que el pacto implique transmisión actual de bienes al favorecido o tal entrega se difiera al momento del fallecimiento del causante; previéndose, incluso, que sea un tercero quien designe a los herederos, antes o después del fallecimiento del causante. Se regulan el pacto de reversión para el pacto sucesorio de institución con simultánea transmisión de bienes. Se regula también el pacto de sobrevivencia o heredamiento mutuo al más viviente, inspirándose en el Fur II-III-11 o el del testamento de padre y madre dejando todos los bienes a sus hijos previsto en el Fur VI-IV-46 y el pacto de definición, en el fondo un pacto sobre la colación, que el Fur V-III-6 regulaba para la hija dotada con carácter legal, pero que, como pone de manifiesto la mejor doctrina, era un pacto muy frecuente en la práctica y en los protocolos notariales. Según el párrafo primero del artículo 63 del ALVS, el causante y alguno, algunos o todos sus legitimarios podrán convenir en la extinción de la legítima y de todo cuanto por ella y sus demás derechos sucesorios puedan reclamar éstos en la herencia de aquél en consideración a alguna donación o atribución patrimonial que el propio causante o una tercera persona les hubiera hecho con tal finalidad. Y, en fin, se regula la revocación unilateral del pacto sucesorio por alguno de los otorgantes no sólo si así se hubiere convenido, sino también si el beneficiario o instituido incumpliere las obligaciones que recíprocamente hubiere contraído o si el pacto no pudiese lograr sus objetivos, fuere muy difícil de cumplir o se produjera un cambio sobrevenido de las circunstancias determinantes de la prestación del consentimiento. Y, en fin, se regula también los efectos que sobre la eficacia de los pactos sucesorios tienen las crisis matrimoniales las cuales, salvo pacto en contrario, determinan su ineficacia y la restitución de las atribuciones, aplicándose, en cualquier caso, a la liquidación del estado posesorio las reglas que resultarían aplicables a la posesión de buena fe.

LAS DONACIONES “MORTIS CAUSA”

En el Título V se regula las donaciones “mortis causa”, es decir, las hechas en atención a la muerte del donante, que podrán comprender alguno o algunos de los bienes del donante, pero no todos ellos y que puede hacerse con o sin transmisión inmediata de la propiedad de los bienes donados, la cual puede quedar deferida al momento de la muerte del donante y con carácter revocable o irrevocable, siendo, en cualquier caso, requisito esencial para su eficacia la aceptación de la liberalidad por parte del donatario durante su vida, personalmente o por medio de representante y aunque haya fallecido ya el donante. Se regula también las donaciones cuya eficacia dependa de la muerte de un tercero que se consideran como donaciones “inter vivos” sujetas a condición suspensiva y, en fin, se regula la relación de la donación “mortis causa” con las legítimas, pues esta donación se entiende hecha sin perjuicio de la legítima que pueda corresponder a los herederos forzosos, para cuyo cómputo se tendrán en cuenta, como resulta de un Privilegio de Jaime II dado el 7 de enero de 1318. (cfr artículo 144 y 148 ALVS).

EL ENCARGO DE DESIGNAR HEREDEROS O DE DISTRIBUIR ENTRE ELLOS LOS BIENES DEL CAUSANTE

El Título VI del ALVS se refiere al encargo de designar herederos o de distribuir entre ellos los bienes del causante, pues, en efecto, el causante puede encomendar a uno o varios terceros designados en testamento o contrato sucesorio, que nombren a las personas a las que se ha de deferir su herencia por cualquier título y que la distribuyan entre ellas, o sólo que la distribuyan entre las personas ya designadas por él libremente u observando las limitaciones o condiciones establecidas por el ordenante en el propio título, sin perjuicio de las que el mismo encargado pueda, además, establecer y sean compatibles con las establecidas por aquél. La encomienda tiene carácter personalísimo y subsiste, una vez aceptada por los encargados, mientras sobreviva alguna de las personas a las que se les confió que deben actuar por unanimidad, tener plena capacidad de obrar y no estar incurso en causa de indignidad, de desheredación o de prohibición sucesoria con relación al causante. El encargo está lógicamente sometido a plazo de ejecución y durante la pendencia del mismo el encargado tendrá las facultades necesarias para la administración, defensa y conservación del valor del caudal relicto, lo que no excluye que, si para conservar tal valor fuere necesario, proceda el encargado a la enajenación de los bienes de la herencia. La encomienda puede ser de designación y de distribución o sólo de distribución del caudal relicto entre las personas previamente designadas por el causante. El encargado que cumpla lo que le encomendó el causante tiene derecho a una remuneración que será la que fije éste o los herederos designados por éste entre los que deba distribuir el caudal relicto y, en su defecto, la cuantía de tal remuneración será de un 5% del valor de dicho caudal que tendrá la consideración de carga de la herencia. Se regula una remuneración o compensación legal especial para el encargado que sea el cónyuge viudo o el conviviente estable si distribuyere la herencia sólo entre los hijos comunes habidos entre él y el causante; esa remuneración consiste en el usufructo universal sobre los bienes de la herencia.

LA SUCESIÓN INTESTADA

Cuando el llamamiento voluntario a suceder no se produce en cualquiera de las formas previstas en los Títulos anteriores, o este llamamiento se produce pero de forma parcial o deviene ineficaz, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 5. del ALVS y de la aplicación subsidiaria de los derechos de sustitución, transmisión y acrecer, tiene lugar el llamamiento de la Ley dando lugar a la sucesión intestada, como resulta del párrafo segundo del artículo 3. del ALVS y también del párrafo primero del artículo 89 del mismo texto legal. Este último precepto nos dice que “La sucesión intestada es aquélla en la que la Ley llama a ciertas personas para que sucedan a otra cuando ésta ha muerto sin ordenar voluntariamente la sucesión en todos o en parte de sus bienes o cuando tal ordenación ha devenido total o parcialmente ineficaz. La sucesión intestada viene regulada en el Título VII del ALVS.

Según el párrafo segundo del artículo 89 del ALVS, “La sucesión intestada no perjudica las legítimas en los mismos casos, con la misma naturaleza y con igual contenido que en la sucesión ordenada por la voluntad del causante. Una y otra pueden concurrir del

modo que resulta en los artículos siguientes”. Probablemente quiera decir, en su primer inciso, que “La sucesión intestada no perjudica las legítimas, que tendrán lugar en los mismos casos, con la misma naturaleza y con igual contenido que en la sucesión ordenada por la voluntad del causante”. A esta misma conclusión nos aboca el párrafo tercero del artículo 3. del ALVS cuando nos dice que “La sucesión legitimaria, cuando se satisfaga mediante institución de heredero, atribución de legado o cualquier otra disposición testamentaria es preferente, en los términos establecidos en esta Ley, a todas las demás formas de deferirse la herencia y concurre con ellas; en otro caso, el crédito legitimario se hará efectivo, por los obligados a ello, cualquiera que sea la forma de deferirse la herencia, con sujeción a lo previsto en esta Ley.”. Este artículo además de ratificar, en su inciso final, lo que resulta del párrafo segundo del artículo 89 del ALVS como no podía ser de otra manera a la vista de lo que dispone también el párrafo tercero del artículo 2 y los artículos 107 y siguientes, todo ellos del ALVS, viene a establecer el carácter prioritario del pago de la legítima en la sucesión y empieza diciéndonos que “La sucesión legitimaria...” sin que ello parezca objeto de crítica, ni la falta de ésta contradiga lo que se comentó anteriormente respecto del párrafo tercero del artículo 2 del ALVS, pues si allí se dijo que dadas las características que el ALVS predicaba de la legítima que regulaba no había llamar herederos a los legitimarios, ni entender que la adquisición por éstos de su legítima integraba una sucesión propiamente dicha (cfr artículo 107 ALVS), cuando tal legítima se satisface instituyendo heredero al legitimario, atribuyéndole un legado o favoreciéndole con cualquier otra disposición testamentaria, no se puede sostener con total seguridad que el legitimario no sea heredero y que la adquisición de su legítima no merezca ser considerada como una sucesión propiamente dicha. No tiene menor protección que el crédito legitimario satisfecho en testamento el que se satisfizo antes, en vida del causante, o el que no se materializa ni de una, ni de la otra manera; la legítima es intangible en los términos que resultan del art 107 ALVS y tal como garantizan los artículo 141 a 148 del ALVS.

El llamamiento subsidiario que hace la Ley a favor de los herederos abintestato confiere a éstos la cualidad de herederos una vez que acepten la herencia que legalmente se les defiere con las mismas características y requisitos que tendrían si su llamamiento se hubiere producido por voluntad del causante en cualquiera de las modalidades posibles. El ALVS, como cualquier otro texto legal, a la hora de determinar quiénes serán los herederos abintestato del causante lo hace llamando a las personas a las que previsiblemente habría llamado el causante si hubiera hecho él el llamamiento eficaz a su herencia. En efecto, el párrafo segundo del artículo 90 del ALVS nos dice que “Los llamamientos a la sucesión intestada se defieren a favor de los parientes del causante por consanguinidad y adopción y a favor del cónyuge o de la pareja estable que sobrevivan al causante, en los términos establecidos en los artículos siguientes. En defecto de los citados parientes, sucederá al causante intestado, a título de heredero, la Generalitat”.

Tradicionalmente, y el ALVS no es una excepción a esta tradición, las leyes que regulan la sucesión “mortis causa”, llegadas a este punto y una vez sentado que el llamamiento intestado se produce a favor de parientes del causante, regulan el parentesco, su ordenación, su cómputo, el orden de los llamamientos y la forma de repartirse la herencia los parientes a los que se defiera y que acepten el llamamiento producido a su favor. A esto se dedican los artículos 91 a 94 del ALVS. En este punto se planteó la duda de si se optaba por seguir el

sistema de cómputo del parentesco que se establece en el CC, que goza de gran arraigo en la práctica, o se optaba por el sistema de cómputo del parentesco que establecía el Fur VI-V-8, que era el sistema canónico o por la elaboración doctrinal que se hizo del mencionado Fur que fue la que se impuso en la práctica como costumbre foral. La inevitable tensión entre la foralidad histórica y su actualización se resolvió, por unanimidad, a favor de ésta última y se acordó seguir el sistema de cómputo del parentesco que establece el Código civil por su arraigo en la práctica y con el fin de evitar confusión social y problemas jurídicos de compleja solución.

La misma actualización respecto a la foralidad histórica, exigida por idénticos motivos, se observó a la hora de establecer el orden de los llamamientos que es el siguiente: en primer lugar son llamados los hijos y descendientes de la forma que establece el artículo 96 del ALVS que nos dice que “Esta Ley llama, en primer lugar, a la herencia intestada del causante a los hijos de éste, quienes sucederán por derecho propio, y si alguno o algunos de tales hijos no pueden suceder, esta Ley llama a su respectiva estirpe que sucederá por derecho de representación. Si uno de los hijos llamados repudiare la herencia deferida a su favor, su parte acrecerá a los otros que la acepten.” (cfr artículo 104 ALVS). “Si todos los hijos, prosigue el artículo 96 en su segundo párrafo, no pudieren o no quisieren aceptar el llamamiento deferido por esta Ley en su favor, el llamamiento se hará a favor de los descendientes del siguiente grado que sucederán por derecho propio y dividirán la herencia entre sí por estirpes, repartiéndola por cabezas dentro de cada estirpe.”, salvo que al causante le sobreviva su consorte o pareja estable que fuera el progenitor con aquél de todos los hijos que repudiaren, en cuyo caso, conforme al párrafo tercero del artículo 96 del ALVS, “el llamamiento legal se entiende hecho a favor del citado progenitor supérstite que fuera consorte o pareja estable del causante intestado y no se encuentre en ninguna de las situaciones por las que decae su llamamiento o que hicieran decaer su llamamiento.”

Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes con derecho a sucederle abintestato conforme al artículo 96 del ALVS, el artículo 97 del mismo texto llama a la sucesión intestada de aquél al cónyuge viudo o a la persona que con él conviviera en unión estable y le sobreviva, ello sin perjuicio de lo establecido en el ya citado párrafo tercero del artículo 96 y sin perjuicio de la legítima de los padres del causante o del que de ellos le sobreviva. En nuestros Furs, el cónyuge viudo era el último llamado (Fur VI-V-1 y 3), después de los colaterales que, sin limitación de grado lo excluían sin perjuicio de los derechos legitimarios que le pudieran corresponder. En el Código civil (cfr artículo 943) el cónyuge supérstite es llamado después de los padres y ascendientes (cfr artículos 935 y 938 Cc). La solución por la que opta el ALVS de llamar al cónyuge o al conviviente en unión estable de hecho se enmarca en el compromiso estatutario (cfr artículo 7 y Disposición Transitoria Tercera del Estatut) de adaptar la foralidad a los principios y valores constitucionales (cfr art 39 CE) y a la realidad social y económica de nuestro tiempo.

En el artículo 98 del ALVS se llama, a falta de hijos, descendiente y cónyuge o conviviente estable a los padres y ascendientes y cuando los llamamientos a los que se refieren los artículos 96 a 98 no puedan tener lugar, el artículo 99 del ALVS llama a los parientes colaterales del causante sin distinción entre hermanos de doble vínculo y de vínculo

sencillo a diferencia de lo que hace el Cc en su artículo 949 respecto de los hermanos e hijos de hermanos, aunque no respecto de los demás colaterales (cfr artículo 955Cc). A falta de hermanos e hijos de hermanos, el artículo 100 del ALVS llama a los demás parientes colaterales del causante intestado hasta el cuarto grado; si se diere este llamamiento, prosigue el artículo 100 del ALVS, “los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más remoto sin que tenga lugar el derecho de representación”, “Si hubiere un pariente único de grado más próximo, a él se deferirá la herencia por entero y si hubiere más de uno la repartirán entre sí por iguales partes”. En este punto se ha producido otra desviación respecto de nuestra legislación foral histórica, en la que los colaterales eran llamados sin límite de grado, con el fin de evitar procedimientos de designación de herederos abintestato excesivamente largos y complejos.

Finalmente, si la sucesión intestada a favor de los parientes antes expresados no pudiera tener lugar, esta ley llama a la misma, en su artículo 101, en último lugar, a la Generalitat quien, previa declaración de heredero abintestato a su favor, mediante auto judicial al efecto, se entenderá que acepta la herencia, en todo caso a beneficio de inventario. El precedente de este artículo está en los dos Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana y en la Ley de Patrimonio de la Generalitat Valenciana. En efecto, el artículo 50 del Estatut de 1982, en su apartado 1. letra c) nos decía que “El patrimonio de la Generalitat está integrado por:...c) Los bienes procedentes de herencias intestadas, cuando el causante ostentare la condición jurídica de valenciano, en los términos que establezca la legislación del Estado”, es decir, fundamentalmente, en los términos que resultan de los artículos 956 a 958 del Código civil. Por su parte, el artículo 22. 2. de la Ley 3/1986, de 24 de octubre, de Patrimonio de la Generalidad Valenciana nos dice que en caso de sucesión intestada, y a falta de personas con derechos a heredar según la Ley, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalitat cuando el causante ostentase la condición jurídica de valenciano. El procedimiento aplicable será el previsto en la legislación estatal. Finalmente, el artículo 71. 1. c) del actual Estatut de Autonomía de 2006 nos dice que “El Patrimonio de la Generalitat está integrado por:...c) Los bienes procedentes, según la legislación foral civil valenciana, de herencias intestadas, cuando el causante ostentara conforme a la legislación del Estado, la vecindad civil valenciana...”.

En algún momento se pensó en añadir un párrafo segundo al artículo 101 del ALVS que dijera que a falta de parientes y cónyuge y cuando el fallecido hubiera sido un enfermo cuidado durante toda su enfermedad o la mayor parte de ella en el Hospital General Universitario de Valencia o en alguna de sus dependencias, ya sea en régimen interno o ambulante, la Generalidad Valenciana, previa declaración judicial de herederos abintestato a su favor, destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del mencionado Hospital. El origen de este artículo está en una Cédula del Rey Fernando el Católico de 26 de agosto de 1513 que dispuso la sucesión intestada de la que el precepto trata a favor del Hospital de Valencia, fundado por Martín el Humano en 1410 e inicialmente conocido como Hospital de Ignoscents, Folls e Orats; de esta Cédula derivó el Acto de las Cortes de Aragón que concedió análogo privilegio al Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, que lo conserva en virtud de lo dispuesto en el artículo 221 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones

por causa de muerte. Los argumentos que llevarían a la regulación que se sugiere, diferente de la contenida en el precepto citado de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte, son las siguientes:

1.- el Estatuto de Autonomía de Aragón no contiene (cfr artículos 103 y ss del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, una norma semejante a la contenida en el artículo 71-1-c) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

2.- el Hospital forma parte de la red sanitaria autonómica y depende de la Consellería de Sanidad. El Presidente del Consejo del Consorcio del Hospital General Universitario de Valencia es el Honorable Conseller de Sanidad. La regulación propuesta, configurada como imperativa, quizás colisionara, no formalmente, pero sí materialmente, con la soberanía presupuestaria de la Generalidad Valenciana. Por otro lado, en todo caso heredaría la Generalidad y ella podría destinar los recursos generados por la sucesión intestada, en los casos de este artículo, en favor del Hospital GUV. Cabría establecer la previsión para todos los fallecidos en los hospitales de la Generalidad. Por otro lado, si el Estado pese a su aconfesionalidad (cfr art 16 CE), mantiene el artículo 752 Cc (incapacidad para suceder del sacerdote que confesó al testador en su última voluntad), ¿qué pasa con los médicos, enfermeras y personal sanitario en general del citado hospital?.

3.- es dudoso que el Hospital tenga personalidad jurídica y patrimonio propios.

4.- la fórmula que aquí subyace para financiar la sanidad es realmente anacrónica e insuficiente y si lo único que se pretende es ser coherente con una presunta voluntad del causante, verdadero fundamento de toda la sucesión intestada, hay que admitir que hoy en día, época de sobresaturación hospitalaria, los enfermos, salvo casos especiales, cuando van a morir son enviados a su propio domicilio, tras una larga enfermedad o no, con lo que habría que ampliar el supuesto (los causantes serían los enfermos que fallezcan en el Hospital General Universitario de Valencia o fuera de él como consecuencia de una enfermedad tratada en su mayor parte en tal Hospital) y, por otro lado, hay, hoy en día, muertes realmente imprevisibles de pacientes que han estado internados en el Hospital muy poco tiempo, apenas horas, en todo caso, un lapso de tiempo insuficiente para generar ese vínculo afectivo que motivaría la delación de heredero abintestato a favor del hospital, lo que obligaría a precisar más todavía el perfil del causante, de modo que quizás hubiera que pensar que los causantes serían los enfermos que fallezcan en el Hospital General Universitario de Valencia o fuera de él como consecuencia de una enfermedad tratada en su mayor parte en tal Hospital y durante un lapso de tiempo que permita suponer un nexo de afecto entre el causante y el Centro Hospitalario. Finalmente, tras todas estas reflexiones y algunas más, se optó por dejar el artículo 101 del ALVS en los términos en los que ha quedado expuesto más arriba.

EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

El capítulo segundo del Título VIII del ALVS regula el derecho de representación referido, a la sucesión intestada, atribuido por el artículo 102 del ALVS a los descendientes en línea recta del causante y del representado que no ha podido sucederle abintestato por premoriencia, ausencia, indignidad o incapacidad y para los mismos casos, en la línea colateral, sólo a favor de los hijos de hermanos, pero no de los descendientes de éstos. En el caso de desheredación, el derecho de representación a favor de las personas antes citadas sólo tendrá lugar si el ascendiente, al desheredar, no hubiere excluido expresamente la desheredación como resulta del artículo 103. Lo que queda claro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del ALVS es que el que renuncia a la herencia intestada del causante no puede ser representado en ella por las personas a las que se refiere el artículo 102 y hasta ahí llega la prohibición de representar, porque el representante sí que puede renunciar a la herencia del representado sin perder por ello la condición de representante de éste en la sucesión intestada del causante cuando proceda. El efecto de la representación es que el representante o representantes reciban la misma porción hereditaria que recibiría su representado si viviera y hubiera podido heredar que repartirán entre ellos, si son varios, por partes iguales, como nos dice el artículo 105, sin olvidar lo que resulta del artículo 96. 2. del ALVS. Si el representado no pudiera suceder abintestato al causante por haber sido declarado ausente, su representante deberá formar inventario de los bienes recibidos que deberá conservar en cuanto a su valor, hasta la declaración de fallecimiento del ausente, cuya herencia, como resulta del inciso final del artículo 104, podrá renunciar sin perder por ello la condición de representante del ausente en la herencia del causante intestado; así resulta del artículo 106 del ALVS que añade que el inventario deberá formarse con intervención del Ministerio Fiscal, lo cual es consecuencia de su propio Estatuto aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre (cfr artículo 3. 7.).

LA LEGÍTIMA

El Título VIII del ALVS, comprensivo de los artículos 107 a 153, ambos inclusive, se dedica a regular la legítima. La legítima es uno de los temas fundamentales del ALVS, por no decir que es el tema fundamental del mismo dada su trascendencia social y económica, de donde se desprende la necesidad de una regulación especialmente rigurosa de esta institución, no sólo por la complejidad técnico-jurídico de la materia, sino también a causa de las necesidades sociales y económicas que con la sucesión forzosa podrán y deberán ser concernidas y atendidas.

La naturaleza jurídica de la legítima puede ser muy variada en función de la configuración que de la misma haga la respectiva legislación, así se ha dicho:

a) Que la legítima es “pars hereditatis” y atribuye al legitimario la condición de heredero. Ha sido ésta, por ejemplo, la tesis sostenida brillantemente por Manuel Peña Bernaldo de Quirós en relación con la legítima del Cc. Sin embargo, frente a esta teoría se han alzado autorizadas críticas que la rechazan por excesivamente sustentada sobre la literalidad de los artículos del Cc, fundamentalmente, entre otros, los artículos 806 y 807 Cc y porque,

en cambio, no explica cómo se puede llamar heredero y hablar de sucesión al legitimario al que el causante, en vida, satisfizo la legítima al mediante una atribución patrimonial gratuita, como acertadamente pone de manifiesto Juan-José Rivas Martínez en su enciclopédica obra “Derecho de Sucesiones Común y Foral” (cuarta edición, 2009. Dykinson). Tampoco explica esta teoría por qué el legitimario por el solo hecho de serlo no queda personalmente obligado por las deudas del causante; significaría una contradicción, dice Rivas, siguiendo a Vallet, que un contenido legitimario cubierto con la imputación de donaciones o que quedara del todo satisfecho ejercitando la acción de reducción de donaciones desembocara en que el legitimario tuviera que responder solidariamente de las deudas del caudal inherentes a toda cuota de herencia y, en fin, como dice también Rivas Martínez, si el legitimario puede impugnar los actos del causante que perjudiquen su legítima, eso significa que tampoco tiene otra de las características que definen al heredero cual es la de no poder ir contra los actos de su causante por los que queda vinculado.

b) Se ha dicho también que la legítima es una “pars valoris” porque atribuye al legitimario un derecho de crédito protegido por una acción puramente personal pagadero en dinero y por un valor porcentual aplicado sobre el activo líquido relicto. Esta es la naturaleza de la legítima en el BGB; también lo es en Cataluña tras la Ley 8/1990, de 9 de abril y así ha quedado perfilada también en Cataluña por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; es también la naturaleza de la legítima en el Derecho civil de Galicia según los artículos 243 y ss de la Ley 2/2006, de 14 de junio y es, con las peculiaridades que luego veremos, la que explica mejor la naturaleza jurídica de la legítima en el ALVS.

c) se ha dicho también que la legítima es una “pars valoris bonorum”. Para esta teoría, la legítima atribuye a su titular un derecho de crédito garantizado por una especie de gravamen real que afecta a todos y cada uno de los bienes de la herencia y que es pagadero no en dinero, sino en bienes hereditarios aplicando las reglas de la partición de la herencia. Esta era la naturaleza de la legítima catalana antes de la referida Ley 8/1990 y explica la naturaleza de la legítima en Ibiza y Formentera. El valor de la legítima queda fijado en el momento del fallecimiento del causante, valor que ha de ser satisfecho con bienes de la herencia todos los cuales quedan sujetos, entre tanto no se satisfaga, por una afección real (cfr art 15 LH).

d) se ha dicho también que la legítima es “pars bonorum”. Ésta es la forma en que la doctrina dominante, siguiendo a Vallet, explica la naturaleza jurídica de la legítima en el Cc, sin perjuicio de la posibilidad de su pago en metálico que viene sancionada en los artículos 821. 2., 829, 1056. 2. y 841 y siguientes del Cc. Para esta teoría el legitimario no es un heredero sino un cotitular de los bienes del activo hereditario mediante una cuota de los mismos, una vez pagadas las deudas y cargas de la herencia, que viene fijada por la ley y que ha de ser satisfecha por los herederos o por el contador partidario cuando se haga la partición de la herencia, salvo que el testador haya determinado los bienes en que ha de ser satisfecha o la haya satisfecho anteriormente mediante atribuciones patrimoniales gratuitas.

Decía antes que la legítima en el ALVS se puede calificar como “pars valoris” con una serie de peculiaridades que la distinguen. Esta es la configuración de la legítima que exige la realidad social y económica valenciana actual y que mejor se aviene con el contenido de los

Furs de nuestro histórico Reino de Valencia, contenido cuya presencia en nuestra legislación civil foral viene exigida, como tantas veces se ha dicho aquí, por el artículo 7 y por la Disposición Transitoria tercera de nuestro Estatut. En efecto, en nuestros Furs, la regulación de las legítimas fue evolucionando, en efecto, en los Furs de Jaime I (Fur VI-IV-49) había legitimarios y éstos eran los hijos legítimos quienes si concurrían a la herencia en número de cuatro o menos de cuatro tenían derecho a la tercera parte de la herencia, porción que se ampliaba hasta la mitad del caudal relicto si el número de hijos legítimos que sucedían era de cinco o más de cinco, esta regulación consagraba la legítima justiniana “de triente et semisse”, más adelante, el Fur VI-IV-51, sancionado por Pedro el Ceremonioso en las Cortes de Valencia de 1358, estableció la libertad absoluta de testar y, finalmente, el Fur VI-IV-52 de Martín el Humano, sancionado en las Cortes de Valencia de 1403 mantenía la libertad de testar, pero exigía que se nombrara expresamente a los hijos, descendientes o ascendientes para dejarles algo o para desheredarles expresamente, si no había desheredación expresa y no había atribución testamentaria al legitimario, se incurría en preterición. También, en las Cortes celebradas en Valencia en 1604, se previó la posibilidad de que el testador hiciere en su testamento una prohibición general y expresa de legítimas en su sucesión. Así pues, en nuestro Derecho foral civil histórico hubo legítimas y hubo libertad de testar, por este orden y hubo también derechos especiales de la viuda, como “la setantena”, “l’any de plor” y “la tenuta”.

De conformidad con lo antes dicho y según el artículo 107 del ALVS, la legítima consiste en el derecho de crédito que la Ley atribuye a ciertas personas con ocasión del fallecimiento de otra cuyo importe se calcula en relación con el caudal hereditario en los términos que resultan de esta Ley. El crédito legitimario no atribuye, por sí mismo, al beneficiado por él la condición de heredero del causante, sino la de interesado en la herencia a los efectos de procurar la satisfacción de su derecho. Según este artículo, la legítima es una “pars valoris” que no atribuye necesariamente por sí sola a su titular la condición de heredero lo que dependerá, en definitiva, del título mediante el que el causante la haga efectiva; pero, esencialmente, es un crédito. Se diferencia así este artículo de lo que dice el artículo 2. 3. del ALVS: “También por voluntad de la Ley los herederos forzosos tienen derecho a la legítima.”, que parece querer decir que la legítima atribuye a los beneficiados por ella directamente la cualidad de herederos; el párrafo tercero del artículo 3. del ALVS empieza hablando de “La sucesión legitimaria...”, pero ya vimos que la refería a los casos en los que la legítima se satisfacía mediante institución de heredero, atribución de legado o cualquier otra concreta disposición testamentaria...”, casos en los que, evidentemente, hay sucesión, no así si la legítima ya resultó satisfecha por el causante en vida mediante una atribución patrimonial gratuita. Para despejar cualquier duda, el párrafo segundo del artículo 107 del ALVS nos dice que el crédito legitimario no atribuye, por sí mismo, al beneficiado por él la condición de heredero del causante, sino la de interesado en la herencia a los efectos de procurar la satisfacción de su derecho, de suerte que si el crédito legitimario ya resultó satisfecho por el causante en vida podría pensarse que el legitimario no tiene ni siquiera la condición de interesado en la herencia del causante, proposición que resultaría admisible de no ser porque el legitimario, para conocer si su legítima ha sido adecuadamente satisfecha, necesita examinarla, para lo cual le legitima su condición de interesado en ella en cuanto legitimario.

Y es que, en efecto, como resulta del artículo 271. d) del ALVS, los legitimarios no pueden pedir la partición, ni intervenir en ella, sólo tienen derecho a exigir de los obligados el pago de su crédito legitimario, sin perjuicio de sus derechos a ejercer la acción de suplemento de la legítima, las que les correspondan en caso de preterición y a impugnar la desheredación.

Del párrafo segundo del artículo 265 ALVS se desprende que la legítima es una carga de la herencia que ha de ser satisfecha por el orden que establece el artículo 266 del ALVS. El crédito legitimario se devenga en el momento del fallecimiento del causante, momento en el que, según lo dispuesto en el artículo 7 del ALVS, se abre la herencia, aunque tal devengo pueda resultar irrelevante en la medida en que el crédito ya fue satisfecho en vida por el causante, pero será a partir del momento del devengo cuando se podrá comprobar tal extremo, y también tal devengo puede resultar frustrado por la desheredación sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 150 y 151 del ALVS.

En cualquier caso, la legítima, si ha de tener lugar, es intangible, pues deberá recibirse libre de toda carga, limitación, condición, sustitución, modo o gravamen no aceptados por el legitimario que limite su valor; en otro caso, aunque el causante las impusiera, se tendrán por no puestas y el legitimario podrá ejercer la acción de suplemento o exigir la liberación de la carga o gravamen que reducían el valor de los bienes recibidos en pago de su legítima. Sin embargo, el pago del crédito legitimario podrá sujetarse a plazo y también soportar ciertos gravámenes porque la Ley, concretamente el párrafo segundo del artículo 109, así lo dispone cuando dice que la intangibilidad de la legítima se entiende sin perjuicio de los gravámenes que sobre ella puedan resultar de la satisfacción de los derechos también legitimarios del cónyuge viudo y de los hijos discapacitados. La legítima de los hijos o descendientes comunes no discapacitados podrá ser gravada con usufructo universal a favor del cónyuge viudo o del conviviente en pareja estable o con sustitución fideicomisaria en la que el cónyuge o conviviente sea heredero fiduciario. También cabe que, como resulta del párrafo tercero del artículo 109 del ALVS, la legítima de los hijos discapacitados, sean o no comunes, que hubieran sido o podido ser judicialmente incapacitados, podrá gravarse con sustitución fideicomisaria, siendo los mismos fiduciarios y fideicomisarios las personas que el causante designe.

El artículo 110 del ALVS regula la transmisibilidad y extinción del crédito legitimario y nos dice que el crédito legitimario se extingue por su pago en cualquier tiempo; que la legítima no devengada no podrá ser objeto de enajenación o gravamen, salvo lo dispuesto en sede de sucesión contractual, sin perjuicio de que pueda ser renunciada pura y fehacientemente por su titular. El crédito legitimario se extingue por la renuncia fehaciente, pura o condicional, de su titular tras su devengo. El crédito legitimario devengado es transmisible “inter vivos” o “mortis causa” conforme a las reglas generales de transmisión de las obligaciones.

Conviene completar y resumir ya las características de la legítima que configura el ALVS. Es un derecho de crédito que nace a favor de ciertos parientes del causante en el momento de su fallecimiento (cfr artículos 107 y 108 ALVS), que no atribuye a éstos la condición de herederos sino la de simples interesados en la herencia (cfr artículos 107. 2. y 271. d) del ALVS). Para fijar el importe del crédito legitimario se atenderá, como resulta

del artículo 111 del ALVS, al valor que tengan los bienes de la herencia en el momento de la muerte del causante con deducción de las deudas de éste, de las cargas que soporten aquéllos y de los gastos de última enfermedad y de entierro o incineración. Tampoco forma parte del activo relicto a efectos del cálculo de la legítima la explotación empresarial no representada por acciones o participaciones sociales de la que el causante hubiera dispuesto “inter vivos” o “mortis causa” a favor de alguno o algunos de sus legitimarios, como establece el artículo 112 del ALVS. La atribución de los derechos políticos de las acciones o participaciones sociales, que confieran a su titular, el causante, el control de una sociedad o grupo de sociedades, a alguno o algunos legitimarios no alterará el valor de las acciones o participaciones de éstos respecto de las que, no gozando de tales derechos políticos, se atribuyan los demás legitimarios, de suerte que el control de la sociedad o grupo de sociedades tampoco se tiene en cuenta a la hora de fijar el valor del patrimonio relicto a efectos del cálculo de la legítima, como resulta del artículo 113 del ALVS. Del mismo modo que los derechos políticos no computan a efectos del cálculo de la legítima, tampoco lo hacen, por el mismo mecanismo, es decir por el de equiparación del valor, la nuda propiedad de los títulos que atribuyen el control de la sociedad, cuyo valor se reputa, a efectos del cálculo de la legítima, idéntico al del usufructo de tales títulos o la cualidad de representante ante la sociedad controlada ligada a ciertos títulos transmitidos a uno o varios legitimarios que se reputan de igual valor que los atribuidos a los legitimarios que no ostentan tal cualidad de representantes en la sociedad; se trata, en todos los casos vistos, de neutralizar económicamente, a efectos del cálculo de la legítima, la condición de los valores o participaciones sociales de control que lo atribuyen a uno o varios legitimarios y no a otros, con lo que el causante puede atribuir tal control al legitimario que él considere idóneo para gestionarlo sin que tal atribución influya para nada en el cálculo del importe del crédito legitimario. Este régimen jurídico se establece con el propósito de evitar que la sucesión “mortis causa” afecte negativamente a las explotaciones empresariales con perjuicio para los puestos de trabajo y la creación de riqueza; se trata de evitar la atomización de la dirección empresarial, el fraccionamiento de las empresas o la descapitalización de las mismas.

En armonía con este objetivo se admite la posibilidad de que el causante establezca prohibiciones de transmisión de las acciones o participaciones a las que se vincule el ejercicio de los derechos políticos o prohibiciones de transmisión de la nuda propiedad de las mismas o prohibición de división de la comunidad de tales títulos por plazo que no exceda de diez años. Congruentemente con el objetivo legislativo antes reseñado, los artículos 112. 2. y 117 del ALVS regulan las consecuencias del cese voluntario de la actividad empresarial y de la pérdida voluntaria del control social, así como las de la transmisión voluntaria de los derechos que llevan aparejado el control de la sociedad o grupo de sociedades dentro de los diez años siguientes, en todo caso, al fallecimiento del causante, sin previo acuerdo entre los legitimarios; la consecuencia de que se dé cualquiera de estos supuestos es el derecho de los legitimarios que no sucedieron en la explotación empresarial o que no disfrutaron del control de la sociedad o grupo de sociedades a que se calcule de nuevo el valor de sus legítimas añadiendo al en que su día resultare por aplicación del artículo 111 del ALVS, el valor que la empresa tuviere al tiempo del fallecimiento del causante minorado por el importe de las deudas de su explotación a tal fecha o añadiendo la diferencia real, también a la fecha del fallecimiento del causante, entre el valor de los títulos sin derechos políticos y el de los que

los tenían o permitían el ejercicio del control de la sociedad o grupo de sociedades. Para facilitar esta solución, en los casos en los que proceda, se impone la obligación de formalizar los inventarios a los que se refieren los artículo 112. 3 y 117.2 del ALVS.

Conforme al artículo 118 del ALVS, al valor patrimonial resultante de aplicar lo dispuesto en los artículos anteriores se sumará el de los bienes que hubieren sido objeto de negocio dispositivo por el causante, celebrado en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha de su fallecimiento, que produzcan una atribución patrimonial a título gratuito y las que impliquen una atribución de esta naturaleza hecha a favor de legitimarios en cualquier tiempo, incluidas las hechas con ocasión del pacto de definición. Los bienes computables incrementarán, en su caso, el valor del caudal relicto con el que tuvieren al tiempo del fallecimiento del causante según el estado en el que fueron transmitidos por éste, salvo que, por su naturaleza, fueren bienes consumibles, los cuales se computarán por su valor y estado en el momento de la muerte del causante. Si los bienes computables hubieren sido vendidos antes del fallecimiento del causante, se computarán por su precio de venta incrementado con el interés legal del dinero devengado hasta la fecha de la apertura de la sucesión. El artículo 119 del ALVS relaciona los bienes no computables, complementando de esta manera los artículos 112 a 117 a los que acabamos de referirnos.

Son fundamentales para precisar la naturaleza jurídica de la legítima en el ALVS los artículos 120 a 123 del mismo. El artículo 120 establece que el causante podrá satisfacer el crédito legitimario por cualquier título o atribución patrimonial lucrativos “inter vivos” o “mortis causa”, presumiéndose que tales atribuciones tienen por causa el pago de la legítima. El párrafo tercero del artículo 120 del ALVS nos dice que salvo que la legítima se satisfaga completamente mediante la institución de heredero o mediante la ordenación de legados, el legitimario, que además sea heredero o legatario, tendrá derecho a reclamar el crédito legitimario hasta su entera satisfacción. Como pone de relieve Rivas Martínez, en su obra antes citada, ha suscitado controversia en la doctrina la situación del legitimario cuando ha sido nombrado heredero, controversia en la que el autor referido, siguiendo a Vallet, opta por la explicación que coincide con la seguida en el párrafo tercero del artículo 120 del ALVS; en efecto, según Rivas Martínez, “mantiene Vallet que cuando el legitimario es instituido heredero, será un heredero como cualquier otro, responderá de las deudas igual que un sucesor extraño, pero gozará de una especial protección contra los actos gratuitos de su causante que pudieran mermar el mínimo asegurado por la ley, ya que no le es aplicable la teoría de los “actos propios”...si el legitimario ha sido instituido heredero, prosigue Juan-José Rivas Martínez, su legítima la percibe embebida en la institución. Ello no es óbice para que si la cuota en que se le ha instituido no es suficiente, el legitimario-heredero (y salvo que haya percibido la diferencia por la vía del legado o de la donación) pueda ejercitar la acción de complemento y cuantas le competan en defensa de la intangibilidad de su legítima...”.

Por su parte, el artículo 121 del ALVS nos dice, fijando quiénes son los obligados al pago del crédito legitimario, que el causante podrá imponer el pago de las legítimas causadas en su sucesión, siempre que medie causa suficiente para ello, a cualquier persona, sea o no heredero o legatario en su herencia.

Si el tercero se negare a satisfacer las legítimas, los legitimarios podrán reclamarlas, además, de quienes hubieren obtenido beneficios patrimoniales directos en la herencia y en proporción a los mismos. El beneficiario no obligado que pagare la legítima, podrá reclamar la cantidad que satisfizo del obligado por el causante que incumplió, gozando a tal efecto de los mismos derechos y acciones de los que dispusiera, en su caso, el causante contra éste. De suerte que no siempre resultarán obligados al pago de este crédito legitimario que surge a favor de los parientes de una persona con ocasión de su fallecimiento los herederos de ésta, sino que se faculta al causante para que, mediando causa suficiente, imponga tal obligación a alguien ajeno a la sucesión, como, por ejemplo, un deudor del causante que deberá pagar la deuda al legitimario a quien el causante habría hecho, de este modo, una especie de cesión de crédito; ahora bien, para reconducir el pago de las legítimas al proceso sucesorio, el párrafo segundo del artículo que comentamos permite a los legitimarios, si el tercero se negare al pago de la legítima del que le encargó el causante, reclamar de quienes hubieren recibido beneficios patrimoniales directos en la herencia y en proporción a los mismos, sin perjuicio de actuar el que de ellos satisficiera la legítima contra el obligado al pago por el causante, subrogándose en las acciones que éste tuviere contra aquél. Se trata de facilitar el pago de las legítimas en la línea de flexibilizarlas y rebajar las tensiones legitimarias que soportan los herederos.

Con el mismo objetivo de política legislativa perseguido por el artículo 121, el artículo 122 del ALVS aborda la regulación de las clases de bienes con los que se puede satisfacer el crédito legitimario y la valoración de los mismos a tal efecto y nos dice que quien resulte obligado al pago del crédito legitimario podrá satisfacerlo, a su elección, con bienes hereditarios o extrahereditarios, salvo que el testador, en el testamento, hubiere concretado esta opción. Los bienes con los que el obligado al pago del crédito legitimario, insatisfecho a la muerte del causante, lo abone se valorarán por el valor que tengan en el momento de su puesta a disposición del legitimario. Los bienes con los que se pueda entender ya satisfecho el crédito legitimario al tiempo del fallecimiento del causante se valorarán con tal fin al tiempo en que fueron puestos a disposición del legitimario. El causante puede imponer el pago del crédito legitimario con bienes del caudal relicto y salvo que eso establezca, el obligado al pago podrá satisfacerlo con bienes hereditarios o extrahereditarios, incluido, naturalmente, dinero, lo haya o no en la herencia. El artículo 123 del ALVS se refieren a la posibilidad de aplazar el pago del crédito legitimario y al consecuente devengo de intereses estableciendo que el testador, el contador partidor, expresamente facultado por aquél, y el obligado al pago de la legítima podrán disponer o decidir el pago aplazado de la misma en metálico por un período de tiempo que no exceda de 5 años a contar desde la fecha del fallecimiento del causante. En estos casos, el crédito legitimario también devengará el interés legal del dinero desde que transcurra un año del fallecimiento del causante hasta su efectivo pago.

Tal interés es compensable con contraprestaciones de tipo asistencial que no gocen de la condición de alimentos legalmente exigibles que el obligado al pago de la legítima dispense al legitimario. Así pues, el aplazamiento sólo cabe si el pago del crédito legitimario se hace en dinero, cosa que, como sabemos, puede prohibir el causante y por un plazo de tiempo que no exceda de 5 años; el devengo del interés legal del dinero por el aplazamiento se produce no durante todo el tiempo del posible aplazamiento, cinco años, sino sólo durante cuatro, ya

que empieza a devengarse desde que transcurra un año del fallecimiento del causante hasta su efectivo pago sin perjuicio de su posible compensación con contraprestaciones asistenciales que no sean legalmente exigibles.

Perfiladas de esta manera las características de la legítima que sanciona el ALVS, nos resta para completar tal descripción hacer referencia al artículo 264 del ALVS que nos dice que con la aceptación válida y eficaz de la herencia, el heredero o el legatario universales devienen dueños de los bienes de la misma y poseedores de tales bienes en el respectivo concepto desde el momento mismo de la muerte del causante si no hubiere deudas o cargas en la herencia o legados que entregar o si habiendo unas u otros la aceptación se hubiera producido pura y simplemente; si hubiere deudas y cargas de la herencia del causante o legados que entregar, hasta que aquéllas no sean satisfechas y éstos entregados, los herederos o legatarios universales que hubieren aceptado válida y eficazmente la herencia a beneficio de inventario ostentarán, sobre los bienes relictos, una titularidad dominical y posesoria instrumentales desde el momento mismo de la muerte del causante a tal fin solutorio, una vez cumplido el cual se les tendrá por plenos dueños y poseedores de los bienes hereditarios desde aquél momento. Si existieren albaceas o administradores hereditarios, a ellos compete el pago de las deudas del causante, de las cargas de la herencia, así como la entrega de los legados, de suerte que una vez que ellos entreguen el activo hereditario líquido a los herederos o legatarios universales que hubieren aceptado válida y eficazmente o que aceptaren tal condición a beneficio de inventario, éstos serán considerados dueños y poseedores plenos de los bienes hereditarios desde el momento del fallecimiento del causante. Este artículo hay que relacionarlo con el párrafo segundo del artículo 224 y con el artículo 244, ambos del ALVS, y de ellos no resulta que todos los bienes hereditarios se hallen afectos al pago, entre otras cargas, de las legítimas, sino sólo que tales bienes, en caso de aceptación beneficiaria, responden preferentemente del pago de tales deudas y cargas hereditarias, entendidas éstas en los términos que resultan del artículo 265 ALVS.

Vistas cuáles son las características esenciales de las legítimas en nuestro ALVS, veamos, a continuación, quiénes son los legitimarios para completar luego, respecto de cada uno de ellos, el significado y concreto alcance de su legítima. Según el artículo 124 del ALVS, son legitimarios:

1º- Los hijos del causante por partes iguales, teniendo en cuenta las disposiciones especiales de los hijos discapacitados. En caso de premoriencia de alguno de ellos, su legítima pasará a sus hijos, si los tuviere, quienes la repartirán entre ellos por partes iguales. Si el hijo legitimario premuerto no tuviere hijos o si renunciare a la legítima o si fuere justamente desheredado o declarado indigno de suceder al causante, su crédito legitimario se extinguirá. Las atribuciones patrimoniales gratuitas hechas por el causante por cualquier título en beneficio de los representados se entenderán hechas en beneficio de los representantes a efectos de calcular y pagar sus legítimas.

2º- A falta de hijos o si todos los hijos renunciaren, serán legitimarios los descendientes del causante de grado más próximo. La legítima se distribuirá entre ellos también por partes iguales.

3º- Los hijos adoptivos y sus descendientes tienen los mismos derechos legitimarios que los que los son por naturaleza en la sucesión de sus padres adoptantes y ello aunque la adopción se haya constituido con posterioridad a la muerte del causante, si éste hubiere prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los hijos adoptivos carecen de tales derechos en la herencia de sus progenitores por naturaleza cuando los vínculos de filiación respecto de ellos se hayan extinguido y éstos en las de aquéllos.

Se perderá el derecho a la legítima deferida si con posterioridad se extingue judicialmente la adopción.

4º- En defecto de hijos y descendientes, son legitimarios los padres del causante por partes iguales. Si uno de los padres renunciare a la herencia del hijo o le premuriere o fuere incapaz de heredar o hubiere sido declarado indigno su crédito legitimario se extinguirá.

5º- Con todos los legitimarios antes referidos concurre el cónyuge o conviviente estable que, al tiempo del fallecimiento, no esté separado de hecho, o judicialmente del causante o respecto de cuyo matrimonio con él no haya recaído sentencia de nulidad o divorcio, o no haya pendiente proceso para pedir alguna de estas declaraciones o para solicitar medidas de hijos extramatrimoniales.

Se establece una cuantía variable respecto de la legítima de los hijos y descendientes en función de su número que será, según el artículo 125 del ALVS de una cuarta parte del valor del patrimonio relicto si el número de hijos es uno o dos y de una tercera parte del mismo si el número de hijos es de tres o más, sin perjuicio de las normas aplicables a los discapacitados. Si con los hijos que sobrevivan al causante concurren otros descendientes de un hijo premuerto, el porcentaje de valor de la legítima vendrá determinado por el número de hijos que habrían sido legitimarios de vivir todos ellos; el hijo premuerto sin descendientes no será tenido en cuenta para el cálculo de la cuota legitimaria de los supérstites.

Esta legítima de hijos y descendientes queda configurada respecto de los que sean discapacitados en los términos que resultan del artículo 126 que nos dice que el crédito legitimario de los hijos o descendientes discapacitados que reúnan las condiciones establecidas en el artículo siguiente consistirá en un capital o pensión alimenticia que les permita cubrir sus necesidades del modo como lo eran antes del fallecimiento del causante conforme a las nuevas circunstancias de la familia, sin que se supere, por cada hijo discapacitado, el límite de una cuarta parte del valor del patrimonio relicto, aunque con ello se supere el límite del valor de la legítima de los hijos y descendientes establecido en el artículo anterior. Los artículos siguientes, desde el 127 al 132 se dedican a regular esta especialidad legitimaria referida a los hijos y descendientes discapacitados estableciendo los requisitos que han de reunir para ser considerados discapacitados, los límites de esta legítima, el momento en el que se ha de valorar el grado de dependencia del discapacitado y el efecto que las ulteriores alteraciones del mismo tienen respecto de su legítima, los modos de pago de esta legítima y su posible conmutación, así como la transmisión de la obligación alimenticia a los herederos del obligado a prestarla hasta el fallecimiento del discapacitado o hasta que su estado de necesidad desaparezca.

El artículo 133 del ALVS regula la legítima de los progenitores que consiste en el derecho a recibir alimentos a cargo de la herencia de su hijo premuerto, en caso de necesidad, con arreglo a la cuantía y medios de la misma y a las necesidades de aquéllos referidas a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica sin que pueda exceder, según el párrafo segundo del artículo 134 del ALVS del valor de la cuarta parte del patrimonio hereditario computable.

Los artículos 136 al 141 regulan la legítima del cónyuge viudo. El artículo 136 nos dice que el cónyuge viudo, al morir su consorte, tiene derecho legitimario a mantener un nivel de vida equivalente al que tuvo durante su matrimonio con el causante; para tal fin, tendrá derecho a usufructuar bienes de la herencia de su difunto consorte con la extensión suficiente, teniendo en cuenta su propia solvencia. El citado usufructo viudal tendrá, en cualquier caso, un valor máximo equivalente al de un tercio del valor del patrimonio relicto computable que sirva para el cálculo de las legítimas. El usufructo del cónyuge viudo es intransmisible. Igual derecho y con iguales límites tendrá la persona no casada que haya mantenido con el causante una relación estable de pareja durante, al menos, cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento o que estuviera inscrita como pareja de hecho del causante en el Registro público correspondiente. Conforme al artículo 137, este usufructo será conmutable, en todo caso, sólo por los nudo propietarios de los bienes sobre los que recaiga sin que el cónyuge viudo pueda oponerse a tal conmutación si no le permitiere satisfacer sus necesidades en los términos antes vistos. Según el párrafo primero del artículo 138, este usufructo se puede moderar o extinguir en función de la modificación de las circunstancias de solvencia de su titular y con acuerdo de éste y de los nudo propietarios, salvo que se haya conmutado. Y, en fin, los artículos 139 y 140 regulan, respectivamente, la cambra y el any de plor, este último producirá sus efectos sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

Una vez determinadas las características de la legítima en general y para cada grupo de legitimarios, el ALVS se ocupa de la determinación de la legítima individual de cada legitimario del mismo grupo que se obtendrá, según nos dice el artículo 141, dividiendo la cantidad resultante de aplicar el porcentaje legitimario del grupo respecto del valor del caudal relicto, fijado conforme a lo dispuesto en los artículos 111 y siguientes, por el número de legitimarios que lo sean conforme al artículo 124. Las legítimas correspondientes a cada legitimario del mismo grupo han de ser idénticas. Ya vimos que los artículos 120 a 123 del ALVS se referían a la forma de pago de la legítima y, concretamente, el artículo 120 tras decirnos, en su párrafo primero, que el causante podrá satisfacer el crédito legitimario por cualquier título o atribución patrimonial lucrativos “inter vivos” o “mortis causa”, añadía, en su párrafo segundo, que los bienes de los que el causante disponga a título gratuito “inter vivos” o “mortis causa” a favor de sus legitimarios se presume, salvo prueba en contrario, que tienen por causa el pago de su legítima, de ahí que el artículo 142 del ALVS establezca que se imputarán a la legítima individual de cada legitimario los bienes que hubiere recibido del causante a título gratuito. Dichos bienes se imputarán en el estado que tenían al tiempo de su transmisión y por el valor que en tal estado tuvieran al fallecimiento del causante. En la herencia de los abuelos se imputarán a la legítima de los nietos las liberalidades hechas

a favor de los padres, que les serían imputables si éstos vivieran, siempre que los nietos concurren a la sucesión del abuelo por derechos de representación y no por derecho propio. Se imputarán a la legítima especial de los hijos o descendientes discapacitados las aportaciones lucrativas del causante al patrimonio protegido de aquellos. Si el patrimonio protegido se hubiere extinguido antes de la muerte del causante, por pérdida de los requisitos legales de la discapacidad, dichas aportaciones se imputarán a su legítima ordinaria hasta donde alcance su valor, quedando el resto imputado a la porción libre. Si con tales atribuciones patrimoniales gratuitas, incluidas las hechas en testamento expresamente en pago de la legítima quedare crédito legitimario por cubrir, éste será satisfecho al legitimario por los herederos o legatarios en proporción a su haber o por la persona expresamente designada por el causante con activos hereditarios o extrahereditarios valorados, a tal fin, según el valor que tuvieren en el momento de ser puestos a disposición del legitimario, como resulta del artículo 143 que sanciona, de este modo, la complementación del crédito legitimario.

La hipótesis contraria a la complementación del crédito legitimario, es decir, las reducciones por inoficiosidad vienen reguladas en el artículo 144 del ALVS que nos dice que si con las atribuciones patrimoniales a las que se refiere el artículo anterior resultare excedido el crédito legitimario, el exceso se entenderá atribuido a título de heredero o legatario y, en otro caso, como atribución patrimonial gratuita que permanecerá en el patrimonio del beneficiado por ella salvo que el patrimonio relicto restante no fuera suficiente para cubrir las demás legítimas y estas no fueren satisfechas de otro modo por el obligado a ello, pues, en tales casos, se procederá a su reducción. Igual reducción resultará exigible por el legitimario en el caso de que el valor de sus legítimas no resulte satisfecho como consecuencia de atribuciones patrimoniales gratuitas computables efectuadas por el causante en provecho de herederos, legatarios o terceros que no fueren legitimarios, los cuales soportarán la reducción proporcional al valor de las mismas, sin preferencias entre ellos, en los mismos supuestos del párrafo anterior. Ahora bien, las reducciones del artículo 144 han de respetar los límites establecidos en el artículo 145 que declara no reducibles, en ningún caso, por inoficiosidad las disposiciones de bienes y derechos que no integren el patrimonio hereditario a efectos del cálculo de la legítima ni deban computarse con tal fin, como aquellos a los que se refieren los artículos 111 y siguientes, los bienes reservables u otros que tengan un destino predeterminado por la ley al margen de la sucesión.

Los artículos 147 y 148 del ALVS regulan la preterición y los artículos 149 a 152 regulan la desheredación, regulación de la que merece destacarse la causa recogida en el artículo 149. 3., es decir, la ausencia de la relación propia derivada de los vínculos familiares con el causante por causa exclusivamente imputable a la voluntad del legitimario. Es también digno de resaltar el régimen jurídico de la prueba de no haber incurrido en causa de desheredación que podría recaer sobre el desheredado, lo que unido a la causa de desheredación recogida en el artículo 149. 3. del ALVS concluye en un régimen muy similar en la práctica al de libertad de testar, pero exclusivamente fundamentado en la protección de los valores de solidaridad y cohesión familiares, en definitiva, fundado exclusivamente en la defensa de los valores que definen esencialmente la familia y en la protección de ésta, que exige el artículo 39 de nuestra Constitución.

El artículo 153 establece el régimen jurídico de los bienes reservables, es decir, los que está obligado a reservar el causante que tuviere hijos habidos con persona distinta de su cónyuge viudo o de su pareja sobreviviente con la que hubiera convivido en unión de hecho para distribuirlos libremente entre aquéllos por haberlos recibido directamente y a título gratuito del otro progenitor de los mismos, de otro pariente de éste o de un tercero en consideración al mismo, salvo que se trate de liberalidades de uso o regalos de costumbre, siempre que unos y otros guarden proporción con el caudal relicto. Tales bienes no se computarán en el caudal relicto a los efectos de fijar la cuantía del crédito legitimario, ni con ellos se podrá pagar la legítima ya que tales bienes reservables, aunque no los haya reservado el causante a favor de los reservatarios, pertenecerán a éstos en propiedad desde la muerte del causante. □

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL DICTAMEN CORRESPONDIENTE AL TERCER EJERCICIO DEL 2º TRIBUNAL DE LA CONVOCATORIA DE OPOSICIONES PARA INGRESO EN EL CUERPO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, BIENES MUEBLES Y MERCANTILES DE ESPAÑA DE LA CONVOCATORIA DE 1995-1996

Un grupo de registradores valencianos de la promoción de 2010, ante nuestra condición actual de “aspirantes sine die” o “ad perpetuum”, con el respaldo de nuestros preparadores y la ayuda y facilidades prestadas desde el Decanato nos propusimos la organización e impartición de algunos casos prácticos antes de que comiencen los ejercicios orales de la presente convocatoria a Registros y sobre todo, una vez aprobados éstos, para la preparación del tercer ejercicio. Pretensión que se materializó en primera instancia con la presentación de las nociones básicas para afrontar el dictamen y la corrección del caso práctico de la convocatoria de 1995-1996, en dos sesiones celebradas los días 18 y 25 del mes de Junio en el Salón de Actos del Decanato a cargo de Víctor J. Prado Gascó, cuya propuesta de resolución se escribe a continuación.

NOTA CALIFICACIÓN

Examinado y calificado el presente documento conforme al art. 18 LH y 99 y ss RtoH, no procede practicar operación registral alguna por haberse observado los siguientes hechos y fundamentos de derecho.

Anticipada por medio de telefax la presentación de EP de 8 de marzo de 1996 (en el seminario se examinó el supuesto práctico como si la EP se presentara en la actualidad, por ejemplo a 18 de junio de 2010) de COMPRA-VENTA Y CONCESIÓN DE DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA y practicado el Asiento de Presentación el 9 de marzo de 1996 (sería 19 de junio de 2010), se presenta físicamente el título original el 12 de marzo de 1996 (trasladamos a 25 de junio de 2010), señalándose que se ha liquidado el impuesto a los efectos de proceder a la calificación del mismo art. 254 LH.

DEFECTO 1: En la Comparecencia no aparece consignada la letra del DNI/NIF de Juan García Palomares a los efectos de su adecuada identificación, que aunque siendo representante, se exige de conformidad con los arts. 24 LN y 9 y 254 LH y 51RtoH.

DEFECTO 2: En el mismo sentido que el defecto 1 a efectos de una adecuada identificación de los comparecientes conforme al artículo 24 LN y 9 y 254 LH y 51 RtoH, tampoco se consigna letra DNI/ NIF de Pedro Armendáriz Bujanda.

DEFECTO 3: En la venta del PISO 1º PH por Richard Stone a Pedro Fernández Goyeneche y Jaume Rius por ½ indivisa, apreciamos defecto en la manifestación del Estado civil y REM: Primero porque no dice cuál era el estado civil y REM al momento de adquisición del Piso 1º PH y segundo, porque manifestando el REM de separación de bienes desconocemos si se trata de un REM de separación de bienes de EEUU (relacionar con art. 92 RtoH) o de la legislación española y en este último caso si es de carácter legal o convencional para lo que requerimos la correspondiente certificación RC art.266 RRC.

DEFECTO 4: En el mismo supuesto de hecho del defecto 3 podría considerarse defecto la falta de manifestación de que el piso que se vende no es vivienda habitual, por considerar cuestión de orden público en nuestro ordenamiento jurídico, en relación al art. 1320 Cc y 91 RtoH.

DEFECTO 5: En la intervención de Juan García Palomares en representación de CALZADOS ALFARO SA se aprecia defecto por la falta del juicio de suficiencia que compete al Notario conforme al art. 98 LA 27/12/01 reformado por Ley 18/11/05 (aunque a la fecha de la presente EP y del dictamen no existía todavía el art. 98 LA).

DEFECTO 6: En la intervención de Pedro Armendáriz Bujanda en representación de Librerías Cervantes SA se aprecia defecto por la falta de acreditación del poder (art. 1259 y 1727 Cc): ausencia de reseña identificativa del documento, sin tener copia auténtica a la vista, ni juicio de suficiencia del art. 98 LA 27/12/01 reformado por Ley 18/11/05. La ratificación por certificación del Secretario del Consejo de Administración (que es quien tiene facultades certificantes art. 109 RRM) por diligencia de incorporación y documento unido no cumple con la exigencia del art. 1280,5 Cc, todo el contenido del poder requiere EP. En la RDGRN 3/3/00 se afirma que otra cosa sería el supuesto en que el apoderamiento fuera un mero instrumento de un contrato ya perfeccionado, porque reiteraría uno ya existente y se remite a la RDGRN 1923.

DEFECTO 7: En la venta del piso 1º PH se aprecia defecto por la inaplicación de la legislación sobre medios de pago (entendiendo aplicable si se examina el caso en la actualidad) alegando los arts. 24 LN, 177 RN (tras última modif); 21 y 254 LH, la Ley de Fraude Fiscal 29/11/06 y la doctrina de la DGRN en R 5/9/09 que especifica las circunstancias relativas a medios de pago que deben ser calificadas por los Registradores. Los Notarios deberán consignar en EP:

1) El precio o valor de los derechos que se determinará en efectivo, conforme sistema monetario español (€) , también en moneda o valor extranjero expresando importe en €.

2) En las EP relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se identificarán, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes, art. 24 de la LN. Se establecen diferentes requisitos según sea metálico, cheque, pagaré o letra de cambio o transferencia/ domiciliación bancaria (vide cuadro).

DEFECTO 8: En la venta de los pisos 2º y 3º PH y dado que consta la existencia de arrendamiento del piso 2º PH a favor de Petra Serrano por contrato de 10/8/90, debemos considerar defecto la falta de notificación al arrendatario para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto si el arrendamiento estuviera vigente art. 47 LAU 1964 aplicable junto con las modificación del Decreto Boyer 1985 (actual art. 25,5 LAU 24/11/1994); e imponiendo dicha legislación de 1964 en caso de ejercitarse los derechos de tanteo y retracto, una prohibición de disponer que no cerraba el Registro de la Propiedad.

DEFECTO 9: En la venta de los pisos 2º y 3º PH se aprecia defecto por la inaplicación de la legislación sobre medios de pago (vide defecto 7 y cuadro).

FORMA DE PAGO	METÁLICO	CHEQUE PAGARÉ L. CAMBIO	TRANSFERENCIA DOMICILIACIÓN
REQUISITOS SEGÚN EL MOMENTO	Señalar el importe No hay necesidad de manifestar la fecha	- En <u>momento otorgamiento</u> : TESTIMONIO - Con <u>anterioridad otorgamiento</u> : 1) Datos 24 LN 2) Numeración 3) Código cta cargo - Si BANCARIO <u>sea antes o momento otorgamiento</u> : A) Código cta cargo B) Librados contra entrega metálico	Códigos cuenta: - de cargo y - de abono Constancia en la escritura de esas manifestaciones
Se ENTENDERÁN IDENTIFICADOS medios de pago Si constan en EP (documental o por manifestación) los elementos esenciales		Librador y librado, Beneficiario, si es nominativo, fecha e importe.	Aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria.

DEFECTO 10: En la misma venta de los pisos 2º y 3º PH se aprecian los siguientes defectos con relación al pago de precio a un tercero: Librerías Cervantes SA:

1) Por no expresarse la causa (onerosa o gratuita) en el mismo. Nuestro Ordenamiento jurídico es un sistema causalista art. 1261 Cc, de modo que no pueden acceder al RP negocios jurídicos sin causa.

2) Por falta de congruencia en el poder de Juan García Palomares, ya que se requeriría poder especial y no general de vender. RDGRN 4/5/09 interpretación estricta de poderes.

DEFECTO 11: En la misma venta sujeta a condición resolutoria de los pisos 2º y 3º PH sería defecto la falta de distribución de la condición resolutoria entre ambas fincas, señalando como fundamentos jurídicos el principio de especialidad y los arts. 11 Lh y 59 RtoH.

DEFECTO 12: En la venta con pacto de retro a que se refiere la estipulación III) se aprecia defecto por la indeterminación del sujeto a cuyo favor se concedería el derecho de retracto por la expresión “elegir libremente” que señala la escritura, vulnerando el Principio de especialidad.

DEFECTO 13: En la venta de ½ indivisa piso 4º PH se aprecia defecto por la inaplicación de la legislación sobre medios de pago (vide defecto 7 y cuadro).

DEFECTO 14: En la venta con pacto de retro de la ½ indivisa del piso 4º PH, entendiendo admisible su ejercicio unilateral por analogía con la opción de compra, sin embargo se aprecia defecto ya que no se siguen los requisitos que debieran seguirse para tal ejercicio unilateral, que serían los mismos que en la Opción de Compra, por tanto no cabría la “certificación bancaria” señalada en la EP sino la consignación notarial.

DEFECTO 15: Respecto a la opción de compra de la estipulación IV) se aprecia defecto por infracción del principio de tracto del art. 20 LH en relación a la titularidad del bien, en la EP figura: “Gutiérrez del Álamo” y en el Registro de la Propiedad: “González del Álamo” Primero habrá que determinar el origen del error para determinar el medio de subsanación:

a) Error de la EP.

b) Error en el RP, bien derivado:

b.1) De aquella EP en cuya virtud se practicó, comparecientes se presentan con DNI para subsanar.

b.2) Error en RP: art. 40 y 214 LH y 314 y ss RtoH.

DEFECTO 16: También en relación a la concesión de opción de compra de la estipulación IV) a Pedro y Jaume se aprecia defecto por la falta de determinación de la parte sobre la que cada uno podría ejercitarla (art. 54 RtoH) o si debieran actuar en forma mancomunada para su ejercicio.

DEFECTO 17: En relación a la solicitud de cancelación de la condición resolutoria por prescripción de las acciones desde 3/5/1960 que pesa sobre la finca 5º PH, debiera

entenderse por caducidad y no por prescripción y apreciaríamos defecto porque no consta la fecha de vencimiento de la obligación a partir del cual computar el plazo de caducidad señalado en el art. 82,5 LH.

DEFECTO 18: Respecto a la concesión de la opción de compra sobre piso 5º PH apreciamos defecto por falta de causa, onerosa o gratuita en el negocio jurídico. De nuevo hemos de hacer referencia a nuestro sistema causalista y a la distinción entre constitución de la opción y su ejercicio, ya que si bien señala un precio para su ejercicio no señala causa gratuita u onerosa para la concesión del derecho. En este punto señalamos que:

a) Una cosa es que el negocio jurídico carezca de causa, no podría acceder al RP porque sería nulo art. 1261 Cc, pero si accediera estaría bajo la salvaguarda de los tribunales en tanto no sea impugnado art. 1,3 y 33 LH.

b) Otra cosa es que el negocio jurídico silencie la causa, en este caso no se entiende onerosa a los efectos del art. 34 LH.

Por tanto entendemos que si fuere causa gratuita no hay que aplicar la legislación sobre medios pago, pero se apreciaría también defecto por infracción de medios de pago en caso de causa onerosa (vide defecto 7 y cuadro).

DEFECTO 19: En la concesión del derecho de opción de compra sobre piso 5º PH, se aprecia defecto en su configuración “parcial y sucesiva” a que se refiere la letra B) de la estipulación IV) por infracción del principio de especialidad:

- No cabe la configuración de derechos de opción o derechos reales sobre parte de finca, sólo cabe sobre cuota indivisa.

- Se aprecia defecto en su configuración sucesiva, porque habría de quedar perfectamente delimitado el importe y el plazo para el ejercicio dentro del de 4 años.

- Calificado negativamente el presente documento conforme al art. 18 LH y 99 y ss RtoH se procede a notificar la calificación negativa (art. 322 LH), existiendo defectos insubsanables no procede la prórroga de 60 días del asiento de presentación del art. 323 LH, pudiendo el interesado conforme a los arts. 324 y ss LH:

-Recurrir gubernativamente ante DGRN en plazo 1 mes.

-Recurrir judicialmente ante Juzgados de la Capital de Provincia en el plazo de 2 meses.

-Instar la aplicación del Cuadro de sustituciones del art. 19 Bis y 275 bis LH.

Se firma la siguiente en Valencia a 29 de Junio de 2010.

El Registrador.

INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA (art. 253 LH)

Como saben el opositor puede emplear dos sistemas, salvo que una instancia superior (Tribunal de Oposiciones Corriente) señale lo contrario:

A. INFORME EXTENSO: Justificar más ampliamente por qué se pone cada defecto, los medios de subsanación si son subsanables y otras cuestiones jurídicas a resolver.

B. INFORME SOMERO que es por el que optamos:

Damos por reproducidos los defectos de la nota en cuanto a los hechos y fundamentos de derecho, señalando además aquellas otras cuestiones jurídicas que teniendo trascendencia en el dictamen no han sido considerados defectos.

OC 1: La presentación de la EP por medio de telefax no plantea problema alguno de caducidad del asiento de presentación, art. 248,4 LH porque en el plazo de 10 días desde su práctica se presentó en el Registro el título original.

OC 2: En la identificación de extranjeros hay que tener en cuenta que la tarjeta de residencia cumple un doble requisito: 1) Sirve para dar fe de conocimiento porque contiene fotografía y 2) Cumple la exigencia fiscal; en principio el notario debe indicar que el NIE coincide con la tarjeta de residencia (RDGRN 25/3/2010).

OC 3: A nuestro modesto entender no hemos considerado defecto la falta de fijación del REM de Juan García Palomares por cuanto actúa en representación de CALZADOS ALFARO S.A., art. 51 RtoH, aunque algunos autores sostienen la fijación del REM incluso en las representaciones cuando ejerce el comercio una persona física casada, a los efectos del art. 6 CdeCom.

OC 4: Tampoco hemos considerado defecto en la comparecencia de Jaume Rius Prats la falta de acreditación del REM mediante la correspondiente Certificación del Registro Civil del art. 266 RRC, porque teniendo vecindad foral catalana y siendo el REM de Separación de bienes, el legal de primer grado supletorio en Cataluña (CdeFamilia 15/7/1998, pendiente de aprobación el Libro II del Cc Catalán), bastaría su manifestación.

OC 5: En consonancia con los defectos 3 y 4 de la Nota, para el caso de que el REM fuera el de la legislación estadounidense y no hubiéramos considerado una cuestión de orden público la protección de la vivienda habitual, desconocemos si existe o no una protección similar en su legislación aplicable, por lo que en este supuesto podría haberse considerado defecto la no acreditación de que no existe una protección similar a la vivienda habitual en su ordenamiento jurídico.

También podría haberse esgrimido, precisamente para no considerar defecto la falta de manifestación de vivienda habitual, el hecho de que como figura en la comparecencia Richard Stone tiene su domicilio en Barcelona.

OC 6: No se ha considerado defecto la falta de acreditación de la adaptación de CALZADOS ALFARO SA a 31/12/1995, porque si no se hubiera adaptado a dicha fecha la SA se hubiera producido un cierre del Registro.

OC 7: En todos los negocios jurídicos de venta de PISOS 1º, 2º, 3º y 4º PH no se ha considerado defecto la no expresión de hallarse al corriente de los Gastos de PH, del art. 9,1 e) LPH porque entre otras la RDGRN 19/10/05 señala que la expresión libre de cargas comprende también los gastos del art. 9,1e) PH, no siendo defecto que impida la inscripción la falta de recibo acreditativo.

OC 8: Sin que pueda apreciarse como defecto, debe mentarse la falta de traslado a euros en todas las ventas de las Estipulaciones I, II, III y en Opción de Compra de la Estipulación IV, que se efectuará conforme Ley 46/98 17 diciembre.

OC 9: En principio no parece defecto, pero podría plantearse como hacemos en otras cuestiones jurídicas la cuestión de la congruencia en la actuación de Juan García Palomares en representación de Calzados S.A. ya que estando facultado para “vender en precio y condiciones que podrá fijar libremente; y en caso de aplazamiento, aceptar las garantías que juzgue pertinentes, cobrar el precio y cancelar las garantías”, lo que hace es vender e imponer condición resolutoria. Podríamos asimilar aceptación de garantía hipotecaria con imposición de condición resolutoria aunque también podría alegarse la interpretación restrictiva de los poderes a que se hace referencia RDGRN 4/5/09.

OC 10: Relacionado con el defecto 8, en la venta de los pisos 1º, 2º y 3º PH y la ½ indivisa del 4º a favor de un solo comprador (aunque por mitades indivisas) no puede considerarse aplicable la excepción a los derechos de tanteo y retracto del art. 25,7 LAU 24/11/94 por dos razones:

1) La legislación aplicable a dicho arrendamiento es la LAU 1964 que no exigía ese requisito de identidad.

2) Aunque la legislación aplicable fuera LAU 1994 no se vende la totalidad de pisos a un solo comprador, ya que piso 4º PH se transmite en una ½ indivisa.

OC 11: En relación con el defecto 11 la falta de distribución de la condición resolutoria entre ambas fincas, debe tenerse en cuenta que si no existiera condición resolutoria y fuera una venta de dos pisos por precio conjunto no sería necesario la distribución y por tanto no sería defecto pero tendría importancia radical a efectos fiscales.

OC 12: En la Compra-venta con condición resolutoria que señala una cláusula penal del 25% de cantidad ya satisfecha se plantean dos cuestiones:

1) No se aprecia defecto en su establecimiento en la EP, tal y como hemos resuelto.

2) Se plantea la cuestión sobre la validez y acceso de la CLAÚSULA PENAL al Registro de la Propiedad.

Las RDGRN de 5, 6 y 7/2/1990, interpretadas de consuno puesto que aglutinan un idéntico supuesto de hecho, afirman su acceso al Registro de la Propiedad, pero no por ello se le atribuye trascendencia real. Resuelta la venta, se consignará todo en depósito y el Juez resolverá (invocando por tanto la facultad moderadora de los tribunales).

OC 13: En la misma venta y con relación a las condiciones de reinscripción a favor del vendedor, hemos optado tal y como permitía la RDGRN 22/6/95 por no permitir su acceso en el momento actual al no estar bien determinadas y diferir la exigencia y el cumplimiento de los requisitos al momento del ejercicio de la resolución. Aunque como también mantenía dicha RDGRN también podríamos haber permitido el acceso de “las condiciones de la reinscripción” al Registro de la Propiedad en este momento exigiendo señalamiento completo y detallado de todos los requisitos para la reinscripción en caso de resolución y apreciar defecto en la falta de los mismos. La RDGRN 19/6/07 (Vide T. 68 civil, 16 hip) exigía como requisitos:

1. Que se aporte el título del vendedor del que resulte que el transmitente tiene derecho a la reintegración que determina la condición resolutoria. Ej: Copia autorizada de la Escritura Pública de compraventa.

2. Justificación de haberse practicado el requerimiento o notificación judicial o notarial hecha por el transmitente al adquirente de quedar resuelta la transmisión.

3. No oposición del comprador al requerimiento por falta de algún presupuesto para la resolución, pues si la hay, el transmitente deberá acreditarlos en el juicio correspondiente, es decir, el incumplimiento grave que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin causa justificada.

4. Documento que acredite la consignación en establecimiento bancario o caja oficial del importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda por subrogación real a los titulares de derechos extinguidos por la resolución, y ello por aplicación del artículo 175.6 RH

5. Respeto de la cláusula penal. Sin embargo si se estipula cláusula penal para el caso de resolución, no cabe deducción alguna de la cantidad que deba ser consignada, por cuanto puede tener lugar una corrección judicial conforme al artículo 1154 CC sin que pueda haber pacto en contrario en la escritura.

6. Respecto de terceros adquirentes afectados por el asiento que contenía el derecho del comprador del que se solicita la resolución, es necesario que se declare la resolución en proceso judicial en el que hayan sido parte (aunque en un principio bastaba la notificación a éstos, se señaló por la doctrina que no sólo debían ser notificados sino que además debían consentir; en caso de que acudieren a los tribunales para la protección de su derecho podrían pedir Anotación Preventiva correspondiente).

7. Y en el caso de existir letras de cambio, inutilización de las mismas.

OC 14: En relación a la cláusula de reserva de cesión del derecho de crédito en la venta de los pisos 2º y 3º PH de la estipulación II, se plantean varias cuestiones:

La primera cuestión que se plantea es si tiene naturaleza transmisible independiente el derecho de crédito derivado de la cantidad aplazada y garantizada con la condición resolutoria y si efectivamente tiene Juan García Palomares poder para transmitirlo:

a) Para algunos autores y las DGRN en R14/10/09 (sobre contrato de permuta y cesión de una parte sin el consentimiento de la otra) la facultad resolutoria derivada de la condición forma parte integrante del propio contrato bilateral, sería una cesión del contrato mismo y por tanto para transmitirla a otra persona sería necesario consentimiento de la sociedad a través de un poder especial para la transmisión del contrato, que Juan García Palomares no tendría en el caso que nos ocupa.

b) Para otros se trataría de un crédito independiente, transmisible conforme al art. 1112 y 1528 Cc, aplicándose analógicamente el art. 149 LH, pudiendo entenderse que: 1) igualmente Juan García Palomares necesita poder especial para ello (interpretación restrictiva de los poderes que sigue nuestro Centro Directivo) o 2) que si puede lo más (tiene poder para vender el piso concreto) podría lo menos (transmitir los derechos de crédito derivados de la cantidad aplazada y garantizada con condición resolutoria).

La segunda cuestión que se plantea es su posible acceso al Registro de la Propiedad, a nuestro juicio pueden adoptarse dos posturas:

a) Atribuir carácter obligacional a la cláusula de reserva de cesión del derecho de crédito y por tanto vedar su acceso al R^oP, tal y como hemos hecho.

b) O considerar que si bien es una cesión de crédito, no puede obviarse que está sujeto a condición resolutoria, entendiendo aplicable analógicamente los arts. 1526 y ss Cc y el art. 149 LH para la cesión de crédito con hipoteca y por tanto apreciando defecto, en su caso, por la falta de los requisitos señalados en la regulación.

El problema que se plantea a continuación es si se podría hacer “sin la exigencia de notificación de la cesión a la parte compradora”, introduciendo el problema de la regulación aplicable: la anterior o la posterior a 7/12/07 (vide Tema 72 Hipotecario). Pudiendo haber señalado como defecto la falta de conocimiento separado del deudor-comprador si aplicamos legislación anterior a 7/12/07 o admitiendo la falta de notificación al deudor-comprador, aunando los efectos respecto de 3^o y del deudor al instante de la inscripción en RP sin necesidad de conocimiento separado del deudor si aplicamos legislación posterior a 7/12/07.

Finalmente en el caso de que optáramos porque accediera al RP, el último defecto que podría plantearse es la infracción del principio de especialidad, al no especificar el cesionario a quién podría transmitirse.

OC 15: En relación a la venta de la ½ indivisa del piso 4^o PH y existiendo arrendamiento por contrato de fecha 5/3/88 no se aprecia defecto en la falta de notificación al arrendatario para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto del art. 47 LAU 1964 (actual 25 LAU 1994) porque existiría un retracto de comuneros del art. 1522 que tendría preferencia y en el que no sería necesaria la notificación.

En caso de no ejercitarse el retracto de comuneros del art. 1522 Cc, habría que tener en cuenta el arrendamiento a favor de Luis Sánchez, planteándose entonces la cuestión de si cabe derecho de tanteo y retracto en la transmisión de cuota indivisa. La RDGRN15/3/06 lo afirma precisamente para evitar que la transmisión sucesiva de cuotas indivisas pudiera soslayar la prohibición, considerando en tal supuesto defecto la falta de notificación al arrendatario para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto art. 47 LAU 1964 (art. 25,5 LAU). E imponiendo la LAU 1964 en caso de ejercitarse el derecho de tanteo y retracto una prohibición de disponer que no cerraba el Registro de la Propiedad.

OC 16: En la venta con pacto de retro de ½ indivisa del piso 4^o PH e íntimamente relacionado con el defecto 12, si se admitiera pacto de retro a favor de persona indeterminada, podríamos considerar que se ha producido una nueva venta y por tanto entraría de nuevo en juego de derecho de retracto de comuneros y arrendaticio.

OC 17: En la misma compra-venta con pacto de retro no se ha apreciado defecto en relación al precio y gastos que debieran satisfacerse, ya que para el ejercicio del mismo no consta que deba satisfacerse además del precio y gastos necesarios y útiles, los gastos del contrato según art. 1518 Cc, ya que el artículo citado no es imperativo y el principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 Cc permitiría fijar este extremo.

OC 18: Finalizando el examen de la venta con pacto de retro de ½ indivisa del piso 4^o PH, se plantearía la cuestión de si sería admisible el ejercicio unilateral, ejercicio que

hemos admitido con relación al defecto 14, precisamente por aplicación analógica con la opción de compra (aunque RDGRN sólo lo admita para ésta última y no para la primera). Algunos autores, como Roca Sastre, niegan tal admisibilidad incluso respecto de la opción de compra,; sin embargo RDGRN 7/9/78 y 20/5/05, exclusivamente para el caso de Opción de compra lo reconocen si así se hubiera estipulado en la EP y consta el cumplimiento de los requisitos en ella expresados.

OC 19: En la concesión del derecho de opción de compra no se entendería defecto en el momento actual:

- La falta de manifestación de vivienda habitual del art. 1320 Cc y 91 RtoH,
- ni la falta de manifestación del estado arrendaticio art. 25 LAU,
- ni la de estar al corriente de los gastos de comunidad del art. 9,1 e) PH, porque serían exigencias diferidas al momento de ejercicio de la opción y no al de constitución del derecho de opción.

OC 20: En relación al plazo para el ejercicio de la opción de compra señalado en la letra A) se planteaba por la doctrina la distinción sobre si plazo es de caducidad o de ejercicio del derecho, esta última postura es la seguida por RDGRN 30/7/90.

OC 21: En cuanto al ejercicio unilateral del derecho de opción de compra de la letra B), sólo se admitiría si se configura derecho opción con naturaleza real R27/3/1947, lo que permitiría de igual modo el acceso al Registro de la Propiedad a que se refiere la letra E) (vide también OC 18).

OC 22: En relación al precio fijado de “20.000.000 pts o proporcional si parcial”, podemos plantear dos cuestiones:

- La ya mentada de que no cabe el ejercicio parcial salvo que sea de porción indivisa.
- Que la exigencia de traslado a € y el cumplimiento de exigencias de medios de pago quedarán diferidos al momento de su ejercicio.

OC 23: En relación a la solicitud de cancelación de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado por prescripción de la acciones desde 3/5/1960, se plantea en primer lugar la distinción entre prescripción y caducidad (Vide cuadro y Tema 28 de civil), ya que no sería por prescripción sino por caducidad la solicitud de cancelación.

La cuestión que se plantea a renglón seguido es si el error en la fundamentación jurídica que sostiene la solicitud de cancelación es óbice o no para practicarla en caso de que procediere.

A nuestro juicio sería indiferente que se alegase prescripción o caducidad en el momento actual o no se alegase nada y simplemente se solicitase la cancelación por el brocado romano: “Dame los hechos que yo daré el derecho.” Apreciando como hemos hecho el defecto 17, la falta de fecha de vencimiento de la obligación para la aplicación del art. 82,5 LH.

DISTINCIÓN	PRESCRIPCIÓN	CADUCIDAD
ORIGEN	Legal	Legal o convencional
CPTO	Derecho nace libre de la limitación temporal, la limitación nace después	Derecho no nace libre, desde su nacimiento ya existe plazo para su ejercicio, si no se ejercita en plazo desaparece
OBJETO	Derechos subjetivos	Derechos potestativos
FUNDAMENTO	Protección del interés individual	Protección del interés general
EFFECTOS EXTINTIVOS	- Ha de ser instada por la parte demandada - Cabe renuncia - Cabe interrupción	- Tribunal la declara de oficio - No cabe renuncia - No se interrumpe*

*Excepción RDGRN 26/4/1999 interrumpió plazo de caducidad al contemplar el restablecimiento de una anotación preventiva indebidamente cancelada, cuando ya ha transcurrido el plazo de caducidad del art. 86 LH, en los términos en que se hallaba el asiento cuando fue indebidamente cancelado, interrumpiendo el plazo transcurrido.

OC 24: Podríamos traer a colación en relación a Richard Stone la Legislación sobre Inversiones Extranjeras de 4/7/03 y el RD de movimiento de capitales e inversión extranjera RD 23/4/99, no apreciando defecto ya que las operaciones a las que se refiere la declaración previa son las relativas a paraísos fiscales.

También ha de traerse a colación la legislación sobre Blanqueo Capitales y las IDGRN señalando modelo S1 y comunicando al Órgano competente, sin que se aprecie defecto tampoco en este punto.

OC 25: La Cláusula V) de la EP relativa a los gastos, es de naturaleza obligacional y no accede al RP.

OC 26: La Cláusula VI) relativa a la competencia de Juzgados y Tribunales habrá de seguir la regla de domicilio del demandado fijada en la LEC, pero en cualquier caso es irrelevante a efectos registrales.

OC 27: No es defecto la no acreditación de la referencia catastral de la finca art. 44 tr 5/3/04: “1. La falta de aportación de la referencia catastral en el plazo legalmente previsto se hará constar en el expediente o resolución administrativa, en el propio documento notarial o en nota al margen del asiento y al pie del título inscrito en el Registro de la Propiedad.” Y el párrafo 3º: “La no constancia de la referencia catastral en los documentos inscribibles o su falta de aportación no impedirá la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad, conforme a la legislación hipotecaria.”

OC 28: Tampoco puede considerarse defecto la formalización de varios negocios jurídicos en una sola escritura pública. □

◀ DISPOSICIONES ESTATALES ▶

◆ AUDITORÍA DE CUENTAS

LEY 12/2010, de 30 de junio (BOE 1/07), por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria.

◆ SOCIEDADES DE CAPITAL

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2010, de 2 de julio (BOE 3/07), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

◆ MOROSIDAD

LEY 15/2010, de 5 de julio (BOE 6/07), de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

◆ IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

REAL DECRETO 897/2010, de 9 de julio (BOE 10/07), por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el RD 1777/2004, de 30 de julio, en materia de las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas.

◆ CAJAS DE AHORROS

REAL DECRETO LEY 11/2010, de 9 de julio (BOE 13/07), de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

◆ **RESOLUCIÓN de 21 de julio de 2010 (BOE 28/07)**, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RD-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

◆ CONCURSO REGISTROS VACANTES

RESOLUCIÓN de 30 de junio (BOE 13/07) de la DGRN, por la que se anuncian Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión por concurso ordinario nº 280.

◆ MEDIDAS URGENTES

Orden VIV/2078/2010, de 21 de julio, por la que se establecen las condiciones, los requisitos y el procedimiento aplicables a la concesión de las subvenciones excepcionales en materia de vivienda, para reparar los daños causados por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas, al amparo de la Ley 3/2010, de 10 de marzo.

◀ DISPOSICIONES AUTONÓMICAS ▶

◆ COMUNIDAD VALENCIANA – VIVIENDA

DECRETO 105/2010, de 25 de junio (DOGV 1/07), del Consell, por el que se modifican los Decretos 90/2009, de 26 de junio, 189/2009, de 23 de octubre, y 66/2009, de 15 de mayo, por los que se aprueban, respectivamente, el Reglamento de Viviendas de Protección Pública, el Reglamento de Rehabilitación de Edificios y Viviendas y el Plan Autonómico de Vivienda de la Comunitat Valenciana 2009-2012.

◆ BALEARES – MEDIDAS ECONÓMICAS

LEY 6/2010, de 17 de junio (BOE 6/07), por la que se adoptan medidas urgentes para la reducción del déficit público.

◆ CATALUÑA – IMPUESTOS

LEY 19/2010, de 7 de junio (BOE 8/07), de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

◆ CATALUÑA – CONCURSO REGISTROS VACANTES

RESOLUCIÓN de 30 de junio (BOE 13/07) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, del Departamento de Justicia, por la que se convoca el concurso ordinario nº 280 para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes.

◆ EXTREMADURA – MEDIDAS ECONÓMICAS

LEY 6/2010, de 23 de junio (BOE 15/07), de medidas urgentes y complementarias para la reducción del déficit público en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

◆ COMUNIDAD VALENCIANA – CESIÓN DE TRIBUTOS

LEY 23/2010, de 16 de julio (BOE 17/07), del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Valenciana y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

◆ GALICIA – URBANISMO

LEY 2/2010, de 25 de marzo (BOE 19/07), de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

◆ GALICIA – PRESUPUESTOS

LEY 3/2010, de 23 de junio (BOE 19/07), por la que se modifica la Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010.

◆ ANDALUCÍA – AGUAS

LEY 4/2010, de 8 de junio (BOE 19/07), de aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía

◆ **COMUNIDAD VALENCIANA – RÉGIMEN LOCAL**

LEY 8/2010, de 23 de junio (BOE 23/07), de régimen local de la Comunitat Valenciana.

◆ **CANTABRIA – PRESUPUESTOS**

LEY 5/2010, de 6 de julio (BOE 28/07), de modificación parcial de la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010.

◆ **PAÍS VASCO – PRESUPUESTOS**

LEY 3/2010, de 24 de junio (BOE 29/07), de modificación de la Ley por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2010.

◆ **CANARIAS – PRESUPUESTOS**

LEY 7/2010, de 15 de julio (BOE 30/07), por la que se modifica la Ley 13/2009, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2010.



Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana